

**UNIVERSIDAD DE CUENCA
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ESCUELA DE DERECHO**



**“EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN
EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE TERMINACIÓN
UNILATERAL Y ANTICIPADA DEL CONTRATO PÚBLICO, POR
CAUSAS IMPUTABLES AL CONTRATISTA CON LA
CONSECUENCIA DE LA DECLARATORIA DE CONTRATISTA
INCUMPLIDO”**

**Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los
Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y
Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.**

AUTORA: MARÍA GABRIELA ZAMBRANO JARAMILLO.

C.I. 0104409750

DIRECTOR: DR. ÁLVARO JAVIER MÉNDEZ ÁLVAREZ.

C.I. 0104120522

**Cuenca – Ecuador
Abril 2016**



**EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO AL DEBIDO
PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE
TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DEL
CONTRATO PÚBLICO, POR CAUSAS IMPUTABLES AL
CONTRATISTA CON LA CONSECUENCIA DE LA
DECLARATORIA DE CONTRATISTA INCUMPLIDO**



Resumen

El Sistema Nacional de Contratación Pública (SERCOP), tiene como objetivo determinar los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realice de manera general la administración pública.

Cualquiera de estos procedimientos de contratación se cumplen mediante la ejecución total y correcta del objeto; el inconveniente se da cuando el contratista incurre en una causal para la terminación del contrato.

En la presente monografía, se analizará cuáles son las causas para dar por terminado de manera anticipada el contrato y entre esas, específicamente la causal de terminación unilateral y anticipada del contrato por incumplimiento del contratista. El trámite y el debido proceso que se debe seguir para llegar a dicha resolución y los medios impugnatorios a los que puede acudir el contratista para dejar sin efecto esa terminación unilateral y anticipada del contrato. Ya que una vez que sea declarado contratista incumplido tendrá ciertas consecuencias jurídicas que de igual manera serán un punto de análisis.

Palabras claves: SERCOP, Contratista, Resolución, Trámite, Debido Proceso.



Abstract

The Sistema Nacional de Contratación Pública (SERCOP) has as purpose to determine the principles and rules governing procurement procedures for the acquisition or lease of goods, works and services, including consulting, which generally perform public administration.

Any of the procurement procedures are met by the full and proper execution of the object of the contract; the problem occurs when the contractor incurs in a cause of termination established by law.

In this monograph, we will analyze the causes for terminating the contract unilaterally and early, and among those, specifically the causes for terminating the contract unilaterally and early based on contractor faults. The procedure and due process to be followed to achieve such resolution and the means to refute the resolution that can be used by the contractor to annul the unilateral early termination of the contract. The legal consequences, why the contractor is declared “failed contractor” also will be a point of analysis.

Keywords: SERCOP, Contractor, Resolution, Procedure, Due Process.



INDICE

Resumen	3
Abstract	4
Indice	5
Cláusula de Derechos de Autor	8
Cláusula de Propiedad Intelectual	9
Dedicatoria	10
Agradecimientos.....	11
Introducción.....	12

CAPÍTULO I

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Concepto de Contrato Administrativo.	14
2. Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo.	22
3. Elementos del Contrato Administrativo.	27
3.1. El Sujeto.....	28
3.2. El Objeto.	29
3.3. La Voluntad.....	31
3.4. La Causa.....	34
3.5. La Forma.....	35

CAPÍTULO II

DECLARATORIA DE CONTRATISTA INCUMPLIDO

1. Formas de Terminación del Contrato Administrativo.	38
1.1. Terminación por Fiel Cumplimiento de las Obligaciones Contractuales.....	39



1.2. Análisis de la posibilidad de la terminación por mutuo acuerdo de las partes.	41
1.3. Terminación por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo ha pedido del contratista.	50
1.4. La declaración unilateral y anticipada del organismo contratante, por incumplimiento del contratista.	54
1.5. Terminación por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica del contratista.	55
2. La Terminación unilateral y anticipada del contrato por causas imputables al contratista.	58
2.1. Terminación por incumplimiento de la obligación contractual por parte del contratista.	58
2.2. Análisis de la terminación por quiebra o insolvencia del contratista.	60
2.3. Terminación en el caso de que el valor de las multas supere el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.	62
2.4. Terminación del contrato cuando por decisión del contratista se da la suspensión de los trabajos, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito. ...	64
2.5. Terminación en el caso de haber celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley.	66
2.6. Por circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, en que el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.	67



3. Trámite y procedimiento de la declaratoria de terminación unilateral y anticipada del contrato por causas imputadas al contratista. 68

CAPÍTULO III

MEDIOS IMPUGNATORIOS A LA TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DEL CONTRATISTA INCUMPLIDO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS

1. Medios impugnatorios a la terminación unilateral y anticipada del contratista incumplido.	78
2. Consecuencias jurídicas de la terminación unilateral y anticipada del contrato.	106
CONCLUSIONES	110
BIBLIOGRAFÍA	114
ANEXOS	118



Cláusula de Derechos de Autor



Universidad de Cuenca
Cláusula de derechos de autor

Yo; María Gabriela Zambrano Jaramillo, Autora De La Monografía "El Cumplimiento del Derecho al Debido Proceso en el Procedimiento Administrativo de Terminación Unilateral y Anticipada del Contrato Público, por Causas Imputables al Contratista con la Consecuencia de la Declaratoria de Contratista Incumplido", reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Artículo 5, literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciere de este trabajo, no implicaría afección alguna de mis derechos morales o patrimoniales como autor.

Cuenca, Abril 2016.

María Gabriela Zambrano Jaramillo.
C.I: 0104409750.



Cláusula de Propiedad Intelectual



Universidad de Cuenca
Cláusula de propiedad intelectual

Yo; María Gabriela Zambrano Jaramillo, Autora De La Monografía "El Cumplimiento del Derecho al Debido Proceso en el Procedimiento Administrativo de Terminación Unilateral y Anticipada del Contrato Público, por Causas Imputables al Contratista con la Consecuencia de la Declaratoria de Contratista Incumplido", declaro expresamente que todas las ideas, criterios, comentarios y contenidos expuestos en la presente investigación son de mi exclusiva responsabilidad.

Cuenca, Abril 2016.

María Gabriela Zambrano Jaramillo.
C.I: 0104409750.



Dedicatoria

A Dios, por permitirme llegar hasta este punto y con su bendición.

A mis Padres, porque siempre han sido mi gran ejemplo a seguir, con esfuerzo y dedicación. Quienes me han dado su amor y motivación. Son mi gran bendición y la fuerza para seguir adelante.

A mi hermano, mi amigo, por siempre estar presente.

A Pedro, por hacer de este un logro mutuo y ser mi apoyo incondicional.

Para Ustedes que son mi todo.



Agradecimientos

Primero a Dios por guiarme
en cada paso.

A la Universidad de Cuenca,
que con su excelente personal y
docentes, me han permitido
adquirir conocimientos e iniciar mi
desarrollo profesional.

En especial, a mi Director,
Dr. Álvaro Méndez Álvarez, a
quien agradezco profundamente,
pues con su conocimiento,
capacidad, así como paciencia y
aliento, me ha ayudado y apoyado
a realizar la presente monografía.

A mi Familia por ser mi
soporte.



Introducción

La Administración Pública es un conjunto de entidades, que tienen como finalidad la satisfacción del interés común, por lo que de manera general debe prestar servicios de buena calidad, y relacionarse con los administrados y contratistas de la forma más ágil, transparente y eficiente.

La enciclopedia virtual jurídica OMEBA señala: “La Administración pública, para su propia existencia y para satisfacer las necesidades colectivas, necesita la colaboración indispensable de los particulares, utilizando sus servicios personales o las cosas de que estos son propietarios”.

El Contrato Administrativo determina obligaciones y atribuciones para las partes de manera recíproca e individual para cada una de las partes, con efectos jurídicos propios.

Estos contratos se sujetan su validez y eficacia al cumplimiento de ciertas formalidades determinadas en la legislación vigente, como su procedimiento de contratación, el cual desde el inicio del contrato, hasta su término tendrá que sujetarse a las distintas leyes y reglamentos que lo rigen.

La Administración Pública es a la que le corresponde la iniciativa de estos contratos, por lo que el Estado ha creado una institución encargada exclusivamente del control de la contratación pública estatal.



La herramienta que permite a la Administración Pública consolidar el cumplimiento de sus fines, es la Contratación Pública, ya que para el cumplimiento de cualquier proyecto se tendrá que acudir a esta.

El Estado posee un organismo de derecho público, autónomo y con personalidad jurídica propia, denominado Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), el mismo que se encarga de establecer los lineamientos generales para que las entidades del sector público realicen las distintas contrataciones. De esta manera la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, regula todo lo referente a la celebración de contratos públicos para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, siempre en observancia del bienestar de la colectividad. Una vez celebrado el contrato, la institución pública contratante puede dar por terminado el mismo por varias razones y entre una de estas de manera unilateral y anticipada, con el sustento en la ley y en la cláusula contractual respectiva, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por el contratista.

De esta manera en el desarrollo de la presente monografía podremos observar si efectivamente se cumple con el derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo de la declaratoria de contratista incumplido y además si la de decisión o acto administrativo expedido por los órganos y entidades públicas, puede ser impugnado en sede administrativa o judicial.

Finalmente podremos observar las consecuencias jurídicas que trae el no cumplir con el contrato celebrado con la administración pública y haber sido declarado contratista incumplido.



Capítulo I

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

1. Concepto de Contrato Administrativo.

Al hablar de contrato, podemos decir que es uno de los actos más frecuentes que realiza el hombre, el cual a su vez está revestido de un acuerdo de voluntades distintas que confluyen para formar una voluntad común. Es decir, el contrato es uno de los instrumentos más adecuados para que dos o más personas se obliguen entre sí a realizar algo que aprovecharán los intereses de cada una.

Podemos decir que un contrato es como una ley privada o particular que los contratantes se han promulgado entre ellos, por lo tanto deberá ser obedecida como tal. De esta manera, no sólo tiene fuerza obligatoria para los contratantes, sino que se impone con toda su fuerza a las personas que tengan que intervenir en él. Por lo tanto existe la obligatoriedad de cumplirlos de acuerdo con las cláusulas establecidas y normas de orden público. Pero además no solo imponen el cumplimiento de lo expresamente pactado, sino el de todas las consecuencias que sean conforme a la ley, costumbre o lealtad en lo tratado. (Vaca Núñez, 16 y ss.)

El Contrato, de manera general, está regulado en varios cuerpos legales de nuestra legislación, así el Código Civil en su Art. 1454 establece que “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”.



Con este concepto, podemos deducir que para que exista un contrato, deben al menos concurrir dos personas o partes; donde el dar, hacer o no hacer debe ser libre y voluntario, ya que no se permite ningún tipo de presión a las partes para ejecutar lo que se ha obligado. No siendo así podría dicho contrato adolecer de vicios y anular o dificultar el acto mismo.

Todo contrato, ya sea administrativo o de derecho común, es siempre un acto voluntario, de voluntad recíproca, y ello hace que el proceso de formación de la voluntad contractual administrativa sea definitivo y vital, pues de él depende la existencia del contrato administrativo.

La voluntad del co-contratante se forma y exterioriza de la misma manera y modo que en los contratos de derecho privado. La voluntad administrativa, en cambio, está sujeta a procedimientos predeterminados, regulados por el derecho administrativo, deben ser cumplidos siguiendo lo previsto en las normas aplicables para evitar la presencia de vicios, que podrían afectar dicha voluntad administrativa y por consiguiente al mismo contrato. (Eguiguren, 27)

Cómo sabemos, existen Contratos Públicos y Contratos Privados, en los cuales su diferencia más relevante es que los primeros, tienen como una de sus partes contratantes a la Administración Pública; mientras que los Contratos Privados se celebran entre particulares. En este caso y como parte del tema de la presente monografía, nos corresponde analizar los Contratos Públicos o Contratos Administrativos.



El Contrato Administrativo, es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.

El contrato es el resultado del encuentro de la voluntad administrativa contractual con la voluntad del co-contratante (persona física o jurídica, privada o pública, estatal o no estatal). El vínculo contractual recién nace cuando se enlazan la voluntad del Estado y la del co-contratante por el procedimiento legal previsto al efecto. (Dromi, 146 y ss.)

La contratación administrativa implica siempre o casi siempre un “pactum preparatorium”, “pactum de contrahendo”, “contrato preliminar” o “precontrato”.

La actividad previa a la contratación administrativa debemos distinguir entre la actividad que desenvuelve la administración, por un lado, y la ejercida por el particular o ente público, en su caso, por el otro. Ambas actividades se canalizan por las fuentes o formas propias de la exteriorización previstas por el ordenamiento jurídico. (Eguiguren, 28)

El contrato de la Administración, una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, es una especie dentro del género contrato, cuya especificidad está dada por la singularidad de sus elementos, caracteres y efectos; en suma, por su régimen jurídico.

No hay armonía doctrinaria ni legislativa en cuanto a su denominación, y es así como se les llama “contratos administrativos”, “contratos del Estado”, “contratos públicos”, “acuerdos administrativos”, “contratos de la Administración” y “contratos en la función administrativa”.

Quién contrata con la Administración Pública no es un contratista ordinario, sino un colaborador que coopera en la ejecución de cometidos



públicos, aun actuando en situaciones de subordinación económico jurídica respecto de las personas públicas comitentes. (Dromi, 355 y ss.)

Mientras los juristas polemizaban sobre la posibilidad de que el poder público pudiera realizar contratos, la realidad diariamente patentizaba la presencia de relaciones contractuales entre el Estado y los particulares. El acto jurídico contractual se manifestaba más necesario cuanto más se declaraba la inviolabilidad de los derechos adquiridos de los individuos, pues no teniendo el Estado el derecho de despojar a los particulares de sus bienes, no pudiendo imponerles el trabajo como una carga, el cambio de los bienes entre éstos y el Estado, el acto jurídico contractual se presentó como única solución. El Estado no sólo necesita de las figuras contractuales para poder adquirir bienes y servicios, sino que es la más importante técnica jurídica con que puede realizarlas. (Fiorini, 409)

La Administración pública necesita bienes y servicios de terceros para poder mantener los servicios administrativos, su organización y todo su aparato administrativo. La Administración pública [...], contrata en forma continua, proliferada e intensa para obtener bienes y servicios de terceros que no forman parte de la organización estatal. Estos contratos se establecen por un acuerdo creador de relaciones jurídicas o con el simple consentimiento de adhesión por el particular a relaciones previamente establecidas por la administración. En cualquiera de los dos casos [...], siempre se destaca como necesaria la manifestación de voluntad del particular en un convenio. (Fiorini, 409 y ss.)

Siempre se presenta un dato indestructible para comprobar la existencia de un acto contractual administrativo; éste es la presencia de



la administración pública como una de las partes contractuales y a veces la presencia de sujetos de la administración en ambas partes. (Fiorini, 411)

Como menciona el argentino Bartolomé A. Fiorini, en su obra *Manual de Derecho Administrativo*, “una definición simplemente formal deberá destacar que hay contrato administrativo cuando una de las partes o ambas partes son sujetos de la administración pública”.

Como ya hemos advertido, la administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas.

Como menciona Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, en su obra *Curso de Derecho Administrativo*, la consecución de los fines del servicio público, meta última de la inversión presupuestaria y de todo el gasto público, se hace posibles por medio de la figura del contrato administrativo, que armoniza el respeto a la institución común del contrato cuya naturaleza básica se acepta por cuanto representa para las partes de mutuo respeto y seguridad jurídica, con las indeclinables exigencias del interés público.

Para el argentino Rafael Bielsa, el contrato administrativo “es el que la Administración celebra con otra persona pública o privada, física o Jurídica, y que tiene por objeto una prestación de utilidad pública”.

De esta manera se crea una convención de derechos y obligaciones para el Estado. (Aníbal P. Maúrtua Urquiza, s.f.)¹

¹ Maúrtua Urquiza, Aníbal P. *Los Contratos Públicos*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 19 Noviembre 2015.



A su vez el profesor argentino Miguel Ángel Bercaitz, define los contratos administrativos, por su naturaleza, en [...] aquellos celebrados por la administración pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al co-contratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al co-contratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica. (Bercaitz, 246 y ss.)

De esta definición cabe recalcar que los contratos administrativos no solo se dan con particulares, sino también entre dos órganos o instituciones del sector público, por lo que el jurista Miguel Marienhoff establece que contrato administrativo [...] es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas. (Marienhoff, 34)

El Argentino Juan Carlos Cassagne, expresa que Contrato Administrativo es "todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones, celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del Derecho Privado, susceptible de producir efectos, con relación a terceros". Así mismo, Héctor Jorge Escola, argentino, define los contratos administrativos como "los que son celebrados por la administración pública con una finalidad de interés público y en los cuales, por tanto, pueden existir cláusulas exorbitantes del Derecho Privado o que



coloquen al contratante de la administración pública en una situación de subordinación respecto de ésta". (Aníbal P. Maúrtua Urquiza, s.f.)²

La función administrativa no solo se manifiesta mediante la expedición de actos administrativos, con los que toma decisiones generalmente de carácter unilateral y en ejercicio de las potestades que le confiere la ley. Para lograr la consecución de los cometidos estatales, la administración también precisa que los particulares le aporten los bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades colectivas, lo cual se logra mediante la contratación estatal. De esta manera la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 6 numeral 5, establece que *Contratación Pública* se refiere a “todo procedimiento concerniente a la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras públicas o prestación de servicios incluidos los de consultoría. Se entenderá que cuando el contrato implique la fabricación, manufactura o producción de bienes muebles, el procedimiento será de adquisición de bienes. Se incluyen también dentro de la contratación de bienes a los de arrendamiento mercantil con opción de compra.”

A su vez el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su Art. 75 cataloga al contrato administrativo como, “todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables”.

Lo sustancial de este tipo de actos es que son de carácter multilateral, es decir existe la concurrencia de diversas voluntades, en las

² Maúrtua Urquiza, Aníbal P. *Los Contratos Públicos*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 19 Noviembre 2015.



cuales una es de la Administración Pública. Los efectos jurídicos provocados en los administrados son producto de esa diversidad de voluntades y no de la exclusiva actividad de la función administrativa.

De esta manera el Estado posee un organismo de derecho público, autónomo y con personalidad jurídica propia, denominado Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP)³, el mismo que se encarga de establecer los lineamientos generales para que las entidades del sector público realicen las distintas contrataciones como adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría.

Conforme el Art. 8 de la LOSNCP⁴, *El Servicio Nacional de Contratación Pública* junto con las demás instituciones y organismos públicos que ejerzan funciones en materia de presupuestos, planificación, control y contratación pública, forman parte del Sistema Nacional de Contratación Pública, en el ámbito de sus competencias.

Específicamente el Art. 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, manifiesta que “todos los contratos que se refieran a esta ley, y sean celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”.

Es muy importante que todo el desarrollo que se dé antes y después de una contratación, hasta su cumplimiento, debe estar acorde

³ Créase el Servicio Nacional de Contratación Pública, como organismo de derecho público, técnico regulatorio, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, técnica, operativa, financiera y presupuestaria. (Inc. primero Art. 10 LOSNCP)

El Sistema Nacional de Contratación Pública (SNCP) es el conjunto de principios, normas, procedimientos, mecanismos y relaciones organizadas orientadas al planeamiento, programación, presupuestos, control, administración y ejecución de las contrataciones realizadas por las Entidades Contratantes. Forman parte del SNCP las entidades sujetas al ámbito de esta Ley. (Art. 7 LOSNCP)

⁴ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.



a la Ley y parámetros establecidos por el SERCOP, de esta manera se podrá garantizar el bienestar de la sociedad.

Como consecuencia de lo expuesto, se puede decir que la contratación pública es un procedimiento administrativo formado por una serie de actos ligados, conexos y destinados a producir un resultado jurídico: la elección del co-contratante.

En definitiva, cuando se celebran dichos actos administrativos con particulares o entre las mismas instituciones del Estado, como consecuencia, surgen los contratos administrativos. De esta manera el sector público toma como mecanismo a la contratación pública para cumplir con sus fines públicos y sociales, siguiendo la normativa y el debido proceso correspondiente para cada caso o proceso de contratación.

2. Naturaleza Jurídica del Contrato Administrativo.

Entendemos [...] por contrato del Estado [...] todo negocio jurídico, de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, en aras del interés público o general, en el cual una de las partes es una entidad estatal, un particular que cumple funciones administrativas en los términos de la ley o cualquier otra persona que involucre en el mismo recursos públicos, y en razón del cual se generan, de manera discrecional, ponderada, proporcional y previsiva, obligaciones por regla general recíprocas, de dar, hacer o no hacer alguna cosa entre las partes intervinientes, construyendo, regulando o extinguiendo entre ellas relaciones jurídicas patrimoniales individuales no generales, debidamente



planificadas, obligaciones que se miran como equivalentes conforme a las previsiones objetivas iniciales acordadas por las partes al momento de proponer o de contratar. (Santofimio, 13)

Se destacan del concepto propuesto otros dos elementos fundamentales para su conformación, cuales son el de su carácter, por regla general, de recíproco en las prestaciones, al igual que el conmutativo en la relación, que, como se advierte a partir de un análisis del contexto normativo del régimen de la contratación pública y de sus desarrollos doctrinales⁵, difiere sustancialmente de la simple conmutatividad propia de las relaciones jurídicas negociables entre particulares, en cuanto deviene de consideraciones objetivas y no de razonamientos subjetivos y relativos derivados del principio de la autonomía de la voluntad individualista⁶; surge de manera inevitable de las verificaciones objetivas del mercado efectuadas en desarrollo del principio de planeación y que tienden a salvaguardar el interés y el patrimonio público, bajo el criterio de equilibrio entre los valores de los objetos, bienes o servicios y la retribución correspondiente, para llegar a

⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-892 del 22 de agosto de 2001. M. P.. Rodrigo Escobar Gil: “El principio de reciprocidad de prestaciones encuentra su fuente de inspiración en los contratos que la doctrina suele definir como sinalagmáticos o bilaterales, caracterizados por prever el surgimiento de prestaciones mutuas o correlativas a cargo de los sujetos que integran la relación jurídico comercial. Bajo este criterio, y por efecto directo del sinalagma, las partes quedan obligadas recíprocamente a cumplir los compromisos surgidos del contrato, los cuales se estiman como equivalentes y que pueden llegar a concretarse en una contraprestación, en un valor recíproco, en un acontecimiento previsible o en una cooperación asociativa.”

⁶ Gabriel Escobar Sanín. *Negocios civiles y comerciales*, t. ii, *Contratos*, Medellín, Dike, 1994, p. 200: “Es de destacar que, en el ámbito del derecho privado, la equivalencia de las cargas mutuas tiene un efecto meramente subjetivo en cuanto que, lo determinante de la figura, es que cada una de las partes, según su libre y voluntaria apreciación, acepte que la prestación a la que se obliga es similar o directamente proporcional a la que recibe a título de retribución, sin que tengan ninguna incidencia aquellos elementos de carácter objetivo que establece o fija el mercado [...]”



la noción de un punto intangible de precio justo para las partes⁷.
(Santofimio, 16,17)

Afirma Héctor Jorge ESCOLA, que los contratos administrativos teniendo en cuenta el número de partes que se obligan estos son: bilaterales, donde las partes quedan obligadas, recíprocamente, la una con la otra.

También los contratos administrativos al igual que los contratos privados, pueden ser a título oneroso o a título gratuito, en este caso de los contratos administrativos, decimos que son contratos onerosos, que se configuran cuando las ventajas que se otorgan a una de las partes, le son concedidas a ésta sobre la base de una prestación que esa parte ha prometido o ha hecho a la otra.

De igual manera, los contratos en mención son conmutativos, aquellos en los cuales las prestaciones que reportan a las partes que los celebran, son ciertas y pueden ser objeto de apreciación inmediata. La gran mayoría de los contratos administrativos son conmutativos, debido a que las prestaciones que se deben las partes están claramente estipuladas, son realmente ciertas, y pueden ser apreciadas en cualquier momento. Además sostiene ESCOLA, que pueden existir contratos administrativos donde la Administración Pública tenga reservado el derecho a introducir variaciones en más o en menos de las prestaciones

⁷ Ídem: “[...] No ocurre lo mismo en el derecho público donde es evidente que las prestaciones correlativas de las partes, en virtud del principio de la justicia conmutativa, tienen que mantener una equivalencia siguiendo el criterio objetivo de proporción o simetría en el costo económico de las prestaciones, lo que exige que el valor a recibir por el contratista, en razón de los bienes, obras o servicios que le entrega al Estado, deba corresponder al justo precio imperante en el mercado. Con ello, se fija un límite al ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, en aras de racionalizar la posición dominante de la administración, mantener el equilibrio del contrato y, de este modo, garantizar los derechos del contratista que se constituye en la parte débil de la relación contractual.”



que debe cumplir su cocontratante, y que, en primer lugar, ese *jus variandi* está comúnmente restringido a ciertos límites que la Administración no puede sobrepasar. Y además, se trata de alteraciones del contrato previamente pactadas, tenidas en cuenta por las partes, y que, en definitiva, no restan a esas mismas prestaciones el carácter de ciertas y de posibles de una inmediata y continuada prestación. (Leiza, s.f.)⁸

Un contrato será administrativo, siempre que estipule cláusulas que rebasen la órbita del derecho privado, por ejemplo, por atribuirse a la administración pública contratante derechos – respecto del particular con el que contrata – no conferibles a ningún particular en contrato alguno; o bien por otorgar al particular con quién contrata poderes o facultades específicas respecto de terceros, imposibles de conferir conforme al derecho privado. Como dice el profesor Héctor José ESCOLA:

[...] la nota propia de este tipo de contratos radica en la existencia, en ellos, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusula que no tendrían cabida dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público. (biblio.juridicas.unam.mx. s.f.)⁹

De esta manera, cláusulas exorbitantes: "Son estipulaciones cuyo objetivo es conferir a las partes derechos u obligaciones ajenos por su naturaleza a aquellos que son susceptibles de ser libremente consentidos por una persona en el marco de las leyes civiles o

⁸ Leiza Zunino, Pablo. *Contratos de la Administración Pública*. Internet. www.derechopublicoadministrativo.blogspot.com. Acceso: 26 Noviembre 2015.

⁹ *Contrato Administrativo*. Internet. www.biblio.juridicas.unam.mx. S.f. Acceso: 26 Noviembre 2015.



comerciales". Las ventajas son siempre para el Estado, lo cual determina que se rompa el principio de igualdad de partes, que es fundamental en el Derecho Privado y que en éste daría lugar a la ilicitud o nulidad. Son ejemplos de cláusulas exorbitantes: la rescisión unilateral, las cláusulas penales y la obligación de ejecución forzosa del contrato. (Torres Córdova, 2004.)¹⁰

Son cláusulas derogatorias del derecho común, inadmisibles en los contratos privados, porque rompen el principio esencial de la igualdad de los contratantes y de la libertad contractual que prima en la contratación civil.

En otros términos, son cláusulas inusuales en el derecho privado, o que incluidas en un contrato de derecho común resultarían "ilícitas", por exceder el ámbito de la libertad contractual y contrariar el orden público. Estas estipulaciones tienen por objeto crear en las partes derechos y obligaciones extraños, por su naturaleza, a los cuadros de las leyes civiles o comerciales.

En virtud de estas cláusulas, la Administración puede ejercer sobre su contratista un control de alcance excepcional, modificar unilateralmente las condiciones del contrato, dar directivas a la otra parte, declarar extinguido el contrato por sí y ante sí, imponer sanciones contractuales, etcétera.

Las cláusulas exorbitantes pueden ser *virtuales* o implícitas y *expresas* o concretas; ejemplo de las primeras son las que autorizan a la Administración a rescindir o modificar unilateralmente el contrato, a dirigir y controlar su ejecución. Son cláusulas expresas las incluidas concretamente en el texto de un contrato. (Dromi, 370)

¹⁰ Torres Córdova, Héctor Ramón. *Teoría General del Contrato Administrativo*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 18 Noviembre 2015.



Para Marienhoff, si en un contrato de naturaleza privada que celebre la Administración se introducen de modo expreso tales cláusulas exorbitantes, convierte a dicho contrato en administrativo porque se le reconocen a la Administración prerrogativas de poder que no se conciben en los contratos entre personas particulares. Empero, tales prerrogativas se justifican sólo para servir el interés general. (Aníbal P. Maúrtua Urquiza, s.f.)¹¹

3. Elementos del Contrato Administrativo.

Admitida la existencia de los contratos administrativos, habiéndolos distinguido y diferenciado de los contratos del derecho privado, y enunciado su definición, es obvio que esto nos lleve a determinar la existencia de los requisitos o elementos del contrato administrativo.

Los tratadistas de derecho civil se ocuparon, desde épocas antiguas, en precisar qué se debía entender por elementos de un contrato, tratando de determinar cuáles eran esos elementos.

Por elementos de un contrato se entendió, en sentido amplio, aquellos principios que concurren a constituirlos y que son, por tanto, parte integrante de ellos. (Eguiguren, 30)

Como manifestamos en el primer punto de este capítulo, de manera breve, el contrato público o el negocio jurídico de derecho público, es un acuerdo creador de relaciones jurídicas, el cual está configurado por una serie de elementos, que deben concurrir en debida

¹¹ Maúrtua Urquiza, Aníbal P. *Los Contratos Públicos*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 19 Noviembre 2015.



forma para que el contrato se constituya válido. Los mismos que serán desarrollados a continuación.

3.1. El Sujeto.

Para que el contrato administrativo adquiera plena validez, para que exista en toda su plenitud, es menester que los sujetos que lo celebran, el órgano administrativo o, en general, la administración por una parte, y el sujeto particular, por otra, hayan actuado dentro de su aptitud legal para obligarse, aptitud que para la administración se denomina competencia, mientras que para el sujeto particular constituye su capacidad. (Eguiguren, 31)

“En lo que respecta al particular, no basta tener la capacidad de ejercicio que señala la legislación civil, sino que además, si se trata de personas jurídicas, sus representantes deben acreditar fehacientemente su personalidad”.¹²

El Dr. Cristóbal Vaca Núñez en su obra *Fundamentos de la Contratación Pública*, manifiesta que “el sujeto es el individuo o persona determinada susceptible de derechos u obligaciones por excelencia, sujeto es la persona sea humana o física, jurídica o colectiva es decir, todo ente capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones”.

En los contratos administrativos una de las partes o sujetos se denomina “contratante” (institución pública, Administración Pública, o

¹² Torres Córdova, Héctor Ramón. *Teoría General del Contrato Administrativo*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 18 Noviembre 2015.



Estado en general, que incluye gobiernos autónomos descentralizados, empresas públicas o privadas que manejen fondos públicos en una proporción mayor a 50%) y por otro lado, el “contratista” (el oferente adjudicado que suscribe el contrato), también denominado el “co-contratante”. (Pérez, 2)

3.2. El Objeto.

“Todo contrato tiene por objeto crear obligaciones que a su vez pueden consistir en una o más cosas que deben darse, hacerse o no hacerse, objeto es la cosa sobre la que versa el contrato”¹³.

Para que una persona se obligue con otra, el acto o declaración de voluntad debe recaer sobre un objeto lícito y además de que este objeto sea lícito, debe ser física y moralmente posible.

El Objeto es la razón o la finalidad para celebrar el contrato y satisfacer las intenciones de las partes. *“El objeto del contrato es la obligación que por él se constituye. Obligación que tiene por contenido una prestación de dar, hacer o no hacer, querida por las partes”*¹⁴.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública prevé una serie de procedimientos, principios y normas que deben aplicarse en función principalmente de la naturaleza del objeto de la contratación. Conforme a la naturaleza del objeto, deben aplicarse los procedimientos dinámicos o los demás procesos establecidos en la Ley. (Pérez, 4)

¹³ VACA NÚÑEZ, CRISTOBAL, *Fundamentos de la Contratación Pública*, p. 19 y ss.

¹⁴ DROMI, ROBERTO, *Licitación Pública*, op. cit., p. 27.



Los contratos de la administración pueden tener como objeto:

- La adquisición de bienes;
- Arrendamiento de bienes muebles;
- Arrendamiento de bienes inmuebles;
- Ejecución de obras públicas;
- Prestación de servicios; y
- Como un servicio especializado tenemos la Consultoría.

En sí el objeto de los contratos administrativos, es una prestación que tenga por finalidad el fomento de los intereses y la satisfacción de las necesidades generales, convirtiendo a la contratación administrativa prácticamente en ilimitada.

Las cosas que *no están en el comercio* no pueden ser objeto de los contratos privados, pero sí pueden serlo de los contratos de la Administración, como ocurre con los bienes de dominio público [...]. En el contrato administrativo la Administración, durante la ejecución de él, puede variar *unilateralmente*, dentro de ciertos límites, y en razón del interés público, objeto del contrato. (Dromi, 366)

Es indispensable que la declaración de voluntad tenga un objeto: la falta de objeto impide la formación del acto jurídico, manifiesta Claro Solar.¹⁵

Todo contrato requiere un elemento objetivo sobre el cual puede recaer la voluntad, el objeto es el propósito de las partes de generar los derechos y las obligaciones, el objeto de los contratos administrativos es un requisito tan esencial, que sin él no se concibe la existencia, ni se pueden tener por consiguiente, eficacia ni validez legal. El contenido de

¹⁵ CLARO SOLAR, L. *Ob. Cit.*, vol. V., t. XI., p. 248.



los contratos administrativos está constituido por la prestación o conjunto de prestaciones a que den lugar. El objeto de éstos contratos ha de ser desde la ejecución de obras hasta la gestión de servicios al Estado o la prestación de suministros al mismo; dice la doctrina que el elemento objetivo del contrato viene a estar determinado por todas las finalidades comprendidas dentro de la competencia de la administración y que quedará asegurada la validez de un contrato celebrado por un organismo administrativo, en lo que al objeto corresponde, siempre que dicho organismo sea competente por razón de la materia, para llevar a cabo la actividad a cuyo desarrollo se contrata. (Torres Córdova, 2004.)¹⁶

3.3. La Voluntad.

Es el libre albedrío, el consentimiento, la aquiescencia, la potencia o facultad del alma que lleva a obrar o abstenerse. En los actos jurídicos unilaterales se habla propiamente de la voluntad, pero en los bilaterales toma el nombre de consentimiento, que viene a ser el acuerdo de voluntades de dos o más personas dirigido a lograr un resultado jurídico. (Vaca Núñez, 19)

En sentido jurídico es la aptitud o facultad humana manifestada con discernimiento, intención y libertad para hacer algo y obrar en un sentido determinado.

Para que la voluntad tenga existencia legal es necesario que se la exteriorice, que se la manifieste mediante una declaración o comportamiento; y para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario que sea legalmente capaz y que

¹⁶Torres Córdova, Héctor Ramón. *Teoría General del Contrato Administrativo*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 18 Noviembre 2015.



consienta en dicho acto o declaración, y que su consentimiento no adolezca de vicio. (Eguiguren, pág. 32)

La voluntad, es la manifestación recíproca del acuerdo completo de dos personas con objeto de obligarse cada una a una prestación respecto de la otra u otras. Presupone el acuerdo de voluntades de los contratantes, si bien la forma de manifestarlo es diferente en cada uno, ya que la persona natural o jurídica lo exterioriza en forma simple y llana, como lo haría respetando las normas del Derecho Privado; pero en el caso de la Administración Pública, el consentimiento va precedido de ciertos requisitos legales que debe satisfacer, como la convocatoria y licitación pública, si es el caso. Ahora bien, esa coincidencia de voluntades que [...] es distinta, es más compleja para el lado de la Administración Pública. (Torres Córdova, 2004.)¹⁷

Sin perjuicio del poder o prerrogativas especiales que tienen las entidades en la contratación administrativa, son las que verdaderamente “imponen” condiciones y términos contractuales a los interesados en participar, quienes deciden únicamente aceptar o no, “adhiriéndose” o no, a las condiciones requeridas por las entidades contratantes.

Así, en la Contratación Pública, al momento de presentar la oferta, el oferente debe obligatoriamente firmar el Formulario de Oferta, llamado Presentación y Compromiso, que en Anexo 1 adjunto.

De esta manera, una vez adjudicado y cuando el oferente firma el contrato, en los formularios del SERCOP, tenemos el proyecto del

¹⁷ Torres Córdova, Héctor Ramón. *Teoría General del Contrato Administrativo*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 18 Noviembre 2015.



contrato, donde podemos encontrar las siguientes cláusulas como Condiciones Particulares comunes a todo contrato:

“Cláusula Quinta.- OTRAS OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA

A más de las obligaciones señaladas en el numeral 5.1 de las condiciones particulares del pliego que son parte del presente contrato, las siguientes:

5.8. EL CONTRATISTA se obliga al cumplimiento de lo exigido en los pliegos, a lo previsto en su oferta y a lo establecido en la legislación ambiental, de seguridad industrial y salud ocupacional, seguridad social, laboral, etc.” y;

“Cláusula Décima Sexta.- ACEPTACION DE LAS PARTES

16.1.- Declaración.- Las partes libre, voluntaria y expresamente declaran que conocen y aceptan el texto íntegro de las Condiciones Generales de los Contratos de [...], publicado en la página institucional del Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, vigente a la fecha de la Convocatoria del procedimiento de contratación, y que forma parte integrante de las Condiciones Particulares del Contrato que lo están suscribiendo.

16.2.- Libre y voluntariamente, las partes expresamente declaran su aceptación a todo lo convenido en el presente contrato y se someten a sus estipulaciones.

Dado, en la ciudad de _____, a”.

De lo expresado, claramente se puede observar que para que exista el contrato administrativo se requiere la concurrencia de dos voluntades, la del contratante y la del contratista; el contratante es el representante del órgano administrativo, que debe gozar de competencia, y el contratista, en genera es el particular que debe gozar



de la capacidad legal, pero en definitiva quedando en él, el adherirse o no al contrato administrativo, siendo a la final la entidad contratante quien le impone las condiciones de la contratación al momento en que el contratista acepta obligarse.

3.4. La Causa.

Así como no puede haber un acto jurídico o contrato sin objeto real y lícito, así tampoco puede haberlo, sin una razón que justifique su existencia. Esa razón es la causa, el interés que tiene una persona para celebrar un determinado contrato, es el interés jurídico que induce a contratar, así lo manifiesta Cristóbal Vaca Núñez¹⁸.

“La causa, el motivo o la razón determinante de los contratos de la Administración, es satisfacer un *fin público*, un servicio público, una necesidad colectiva”. (Dromi, 367)

La causa del contrato es el motivo que induce a la celebración del mismo. Actualmente se conserva la importancia de la causa en relación con la licitud del objeto en la contratación pública. Cabe recordar que previo a todo proceso de contratación pública, la entidad contratante debe definir la necesidad (causa) de contratación a través del área requirente, la cual debe estar previamente establecida en el Plan Anual de Contrataciones y en la Resolución de Inicio. (Pérez, 5)

Para que una persona se obligue a otra por un acto o contrato es necesario que la declaración de la voluntad recaiga en una causa lícita. Se entiende por causa lícita el motivo que induce al acto o contrato; y por

¹⁸ Vaca Núñez, Cristóbal. *Fundamentos de la Contratación Pública*. p. 20



causa ilícita la prohibida por la ley, o contrarias a las buenas costumbres o al orden público.

La teoría de la causa, en su aplicación en los contratos administrativos, presenta una importante alteración, resultado del principio de que si en los contratos de derecho privado se requiere que la causa haya existido solo en el momento de celebrarse el contrato, sin que su ulterior desaparición afecta la vigencia y la validez de él, en los contratos administrativos, al contrario para que no caigan y mantengan su existencia, es preciso que la causa subsista con la misma plenitud, ya que si desaparece, el contrato administrativo se extingue.

Es que la administración pública solo actúa y se justifica que actúe cuando procura el logro de finalidades administrativas de interés público, de modo que si ese interés o ese fin desaparece, y como consecuencia cesa la causa del contrato, no hay razón alguna que imponga que aquel siga manteniendo su eficacia y siga rigiendo. (Eguiguren, 34 y ss.)

De esta manera, en los contratos administrativos, la idea de causa o motivo tiene más importancia que en los contratos de Derecho Privado, porque se supone que el interés público tiene su prevalencia. En fin, es lógico que cada uno de los contratantes tenga diversas razones para obligarse, es decir, por un lado el particular busca tener un lucro como causa determinante de su actuación, mientras que la Administración tendrá como causa la satisfacción de sus necesidades, o mejor dicho, el interés público.

3.5. La Forma.

Hay que distinguir forma y formalidades. La forma es el modo de exteriorizar la voluntad administrativa contractual. Así por ejemplo, la



adjudicación es el modo de exteriorizar la decisión administrativa mediante una forma escrita. A su vez la forma tiene por finalidad proteger y garantizar los derechos de las personas. Las formalidades son los requisitos que han de observarse en la celebración del contrato.

A diferencia de lo que ocurre en derecho privado los actos jurídicos no están sujetos a formas predeterminadas impuestas por la ley, en derecho administrativo la observancia de la forma es la regla, lo cual resulta principalmente, de la especial naturaleza del sujeto del que emana la actividad administrativa, es decir, de la administración pública. Las formas, además, cumplen también, en derecho administrativo, una innegable función de garantía, tanto en favor de los administrados, como en salvaguarda del interés público.

Los contratos administrativos no pueden escapar a estos principios, que les son estrictamente aplicables, y están sujetos a formas severas, impuestas por el derecho administrativo, deben ser necesariamente respetadas, ya que de otro modo se afectaría la validez del contrato por violación de las formas prescritas.

Los contratos administrativos están sujetos al requisito de la forma escrita, sin perjuicio de las demás especialmente prescritas, y solo por excepción, y cuando las circunstancias lo permitan y justifiquen, se podrá recurrir a su celebración en forma verbal. Pero es importante señalar que estos últimos casos son muy raros, en los cuales la prueba del contrato y de sus términos serán siempre dificultosas y arriesgadas. (Eguiguren, 35 y ss.)

La contratación pública debe someterse a los procedimientos establecidos por la Ley; es decir, se trata de un régimen reglado. En tal virtud, la “forma” se refiere a los requisitos que conlleva concretar una contratación bajo el principio de legalidad (estricto cumplimiento de los



requisitos establecidos por la legislación, y por otro lado determinados por la entidad contratante en los pliegos de cada proceso). Por lo tanto, los contratos administrativos requieren del cumplimiento de solemnidades o formalidades sustanciales, sin las cuales no se perfecciona ni se entiende válida la contratación. (Pérez, 5)

La contratación administrativa obedece en esto a principios diametralmente opuestos a los que rigen en materia civil, en éstos siguiendo la tradición romana, en el cual se reputaba valedera la obligación o el contrato, que fuesen hechos en cualquier manera que parezca que alguno se quiso obligar con otro a realizar un contrato con él. En Derecho Administrativo la situación es muy distinta, los representantes de la Administración son gestores de intereses generales y por ello precisa establecer garantías para evitar abusos, muy posibles cuando las actividades cuyo cuidado se tiene no son las propias, y esas garantías las constituyen los requisitos de forma, los cuales se consideran como los límites impuestos a su actividad, que no puede franquear la administración. (Torres Córdova, 2004.)¹⁹

De esta manera, Maurice Hauriou, jurista francés, precisa que la Administración es un organismo en parte automático, en el cual la conciencia central no puede estar siempre despierta, este elemento de la conciencia central es suplido por la multiplicidad de formalidades, por virtud de las cuales entran en el trámite de la operación varios agentes que se controlan unos a otros.

¹⁹ Torres Córdova, Héctor Ramón. *Teoría General del Contrato Administrativo*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 18 Noviembre 2015.



Capítulo II

DECLARATORIA DE CONTRATISTA INCUMPLIDO

1. Formas de Terminación del Contrato Administrativo.

Como función misma de la Administración Pública, debemos suponer que toda la contratación administrativa que ésta realiza, tiene como fin último el cumplir con las obligaciones para las cuales fue creada. Por lo que entendemos que toda contratación lleva implícita la intención de llegar a la ejecución de lo pactado.

Aun partiendo de esa premisa, hay ocasiones en que luego de celebrado el contrato se presentan circunstancias que cambian esa intención inicial que es ejecutar lo pactado, dando por terminado el contrato administrativo de una forma distinta al cumplimiento.

Los contratos normalmente se extinguen cuando se cumplen las prestaciones pactadas, sin embargo, pueden surgir situaciones distintas a esta que pueden causar su conclusión.

El Art. 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina las formas en las cuales terminan los contratos previstos en esa Ley, y establece las siguientes causas:

- “1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales;
- 2. Por mutuo acuerdo de las partes;



3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista;
4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,
5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.”

A continuación las mismas serán analizadas de manera individual:

1.1. Terminación por Fiel Cumplimiento de las Obligaciones Contractuales.

Al hablar de la extinción normal del contrato, nos referimos al “cumplimiento”, es decir aquella extinción que llega a cumplir con el objeto contratado en los términos de la negociación que lo motivó.

Para lograr la consecución de los cometidos estatales, Diego Younes Moreno en su libro *Curso de Derecho Administrativo*, manifiesta que, la administración también precisa que los particulares le aporten los bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades colectivas, lo cual se logra mediante la contratación estatal. (Younes, 193)

Eduardo García de Enterría en su libro *Curso de Derecho Administrativo*, al referirse al cumplimiento del contrato manifiesta: “El cumplimiento de la prestación es, naturalmente, el modo normal de extinguirse toda obligación, cualquiera que sea.”

Para efectos de los Contratos regidos al Sistema Nacional de Contratación Pública, se debe atender a lo siguiente: “El contrato se



entenderá cumplido por el contratista, cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la administración, la totalidad de su objeto.” (García de Enterría, 736)

Esta forma de terminación es la más óptima, pues implica que se dio cumplimiento a las obligaciones establecidas en el contrato, por lo que debe entenderse que el contratista entregó a satisfacción de la entidad contratante la obra, bien o servicio, conforme se determinó en el contrato; y, la entidad debe proceder a realizar la contraprestación respectiva que consiste en el pago por dicha obra, bien o servicio. Para culminar la relación contractual será necesario que se suscriba el acta de entrega recepción (definitiva luego de la provisional, si el contrato era de obra)²⁰ y adicionalmente que se realice la liquidación económica del contrato. Una vez suscrita el acta de entrega recepción definitiva se entiende que ha culminado el vínculo contractual entre la entidad contratante y el contratista. (CEP, 186) ²¹

Para que se cumpla con el contrato, debe existir un acto formal y positivo de recepción o conformidad, con las obras, bienes o servicios, incluido consultoría, materia de la contratación, lo que requiere una previa constatación de que el objeto del contrato se cumplió a cabalidad dentro del plazo contractual.

El acto formal de recepción del contrato, es un procedimiento solemne y positivo que presupone la comprobación de la realidad de la

²⁰ En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, que se producirá de conformidad con lo establecido en el contrato y tendrá los efectos de *recepción definitiva*. Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica.

En los contratos de ejecución de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo existirán una *recepción provisional* y una *definitiva*. (Art. 81 LOSNCP)

²¹ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



inversión, el cumplimiento mismo del objeto del contrato y el recibo mismo de la materia del contrato.

De esta manera se entenderá que un contrato ha terminado por cumplimiento de las obligaciones contractuales, cuando se hayan suscrito las correspondientes actas de recepción definitiva y liquidado las obligaciones del contrato. (Garófalo, 513)

1.2. Análisis de la posibilidad de la terminación por mutuo acuerdo de las partes.

Decimos que es obvio que si los contratos se forman por el mutuo consentimiento, también pueden deshacerse por el mutuo consentimiento de las partes que lo integran; ya que si las partes son libres de vincularse por su propia voluntad, son igualmente libres de desvincularse jurídicamente también por su propia voluntad.

La resolución del contrato es también posible por mutuo acuerdo entre las partes. [...]. Lo primero que es necesario advertir a este propósito es que el *mutuo disenso* solo puede utilizarse “cuando razones de interés público u otras circunstancias de carácter excepcional hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato” y siempre que no existan otras causas capaces de determinar la resolución por incumplimiento del contratista. (García de Enterría, 750)

De esta manera, al hablar del mutuo acuerdo como una forma de terminación de los contratos, de manera general, el Art. 1561 del Código Civil ecuatoriano, nos manifiesta que: Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su *consentimiento mutuo* o por causas legales.



El tratadista argentino Luis María Boffi Boggero define el *mutuo disenso* como: *"el acto jurídico multilateral mediante el cual las partes dejan sin efecto el contrato celebrado. Así, mientras un contrato anuda vínculos jurídicos, el mutuo disenso desanuda los mismos. Es el fenómeno jurídico opuesto al contrato, en cuanto a la dirección o finalidad, pero que se mueve en el mismo clima de autonomía de la voluntad por conducto del consentimiento. Es decir, que las partes han anudado y luego desanudado el vínculo jurídico dentro de los límites fijados por el orden público y las buenas costumbres"*. (Rojas Mosquera, s.f.)²²

En la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 93, manifiesta que la Terminación por Mutuo Acuerdo se da, cuando por circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, no fuere posible o conveniente para los intereses de las partes, ejecutar total o parcialmente, el contrato, las partes podrán, por mutuo acuerdo, convenir en la extinción de todas o algunas de las obligaciones contractuales, en el estado en que se encuentren.

La terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia a derechos causados o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista.

Dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

Ya que ni la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública ni su Reglamento, establecen claramente qué se debe entender

²² Rojas Mosquera, Israel Anderson. *Terminación voluntaria de los contratos*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 15 Diciembre 2015.



por *fuerza mayor o caso fortuito* podemos remitirnos de manera supletoria a nuestro Código Civil, donde en su Art. 30 manifiesta y ejemplifica que se llama fuerza mayor o caso fortuito, “el *imprevisto a que no es posible resistir*, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Las circunstancias que permiten terminar de mutuo acuerdo un contrato deben ser alegadas y demostradas por la parte que las ha sufrido y determinar que efectivamente impedirían la ejecución contractual, pues caso contrario solo nos encontraríamos frente a un caso que ameritaría una prórroga contractual.

Las circunstancias pueden ser técnicas como por ejemplo diseños inejecutables, o económicas como la falta de financiamiento de un proyecto, que no se deba a causas imputables a la entidad contratante. Todas estas situaciones deben cumplir obligatoriamente con el requisito de que sean *imprevistas*, es decir, que fueron ajenas a la voluntad de las partes contratantes.

Así mismo, se reconoce como causales para la terminación por mutuo acuerdo de un contrato, las circunstancias de caso fortuito o de fuerza mayor, para lo cual debe considerarse la definición del artículo 30 del Código Civil (manifestado anteriormente) [...]. En este caso también corresponde a la parte que sufre las consecuencias del caso fortuito o de fuerza mayor probarlas.

En el evento de que pese a que se demuestren las circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, que impiden la ejecución contractual, la otra parte no aceptare la terminación por mutuo acuerdo, es posible que se dé por terminado el contrato de manera unilateral, entendiéndose que si la entidad



contratante es quien demostró dichas circunstancias puede proceder con la terminación unilateral; mientras que si es el contratista quien ha demostrado las circunstancias, puede demandar la terminación del contrato ante el juez competente. Esto de conformidad con lo previsto en el artículo 94, numeral 7 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública²³.

Para terminar el contrato por mutuo acuerdo será necesaria la suscripción entre las partes de un *Convenio de terminación por mutuo acuerdo*, en el cual constarán determinadas las circunstancias que lo motivan y justifican, así como la correspondiente liquidación económica del contrato. En este convenio se deberá determinar también el estado final en el que se reciben los bienes, obras o servicios; y con la suscripción del convenio se entiende que la relación contractual queda terminada y se desvinculan las partes.

Conforme al Art. 93 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la terminación por mutuo acuerdo no implicará renuncia de derechos causado o adquiridos en favor de la Entidad Contratante o del contratista. Adicionalmente, dicha entidad no podrá celebrar contrato posterior sobre el mismo objeto con el mismo contratista.

Así mismo, como un particular especial de esta forma de terminar los contratos; debemos mencionar que puede terminarse de mutuo acuerdo todo el contrato o sólo parte de ellos, con lo cual, en este último

²³ “La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido”.



caso, el contratista podría continuar ejecutando aquella parte del contrato que no fue terminada de mutuo acuerdo. (CEP, 186 y ss.)

“La Procuraduría General del Estado en Of. PGE No. 09958 de 20-10-2009, dice que el contrato administrativo además de sus disposiciones específicas le son aplicables aquellas que rigen para los contratos en general, establecidas en el Código Civil, cuyo Art. 1583, numeral 1 prevé que “Las obligaciones se extinguen en todo o en parte, entre otras causas “por convención de las partes interesadas, que sean capaces de disponer libremente de lo suyo”; en concordancia el Art. 1454 ibídem define al Contrato o convención como “El acto por el cual una parte se obliga para con otra, a dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

De las normas legales invocadas se desprende que la terminación por mutuo acuerdo de un contrato sujeto a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Art. 93), puede estar referida a una parte del contrato, cuando no fuere posible o conveniente la ejecución, pudiendo las partes convenir en extinguir algunas de las obligaciones. Debiendo ejecutarse la liquidación correspondiente”. Liquidación, según Guillermo Cabanellas es “El conjunto de operaciones realizadas para determinar lo correspondiente a cada uno de los interesados en los derechos activos y pasivos de un negocio, patrimonio u otra relación de bienes y valores”. (Of. PGE No. 13521 de 19-04-2010)”²⁴

Una vez que la institución pública o el contratista, hayan demostrado las circunstancias imprevistas, técnicas o económicas, o causas de fuerza mayor o caso fortuito, que impidieron la ejecución contractual, la Contraloría General del Estado podrá realizar una

²⁴ Vaca Núñez, Cristóbal. *Fundamentos de la Contratación Pública*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2015.



auditoría gubernamental, donde en principio como lo establece el Art. 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE), se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores son legítimas, a menos que con esa auditoría realizada se demuestre lo contrario.

En caso de que se haya presentado alguna anomalía en base a los resultados de la auditoría gubernamental, contenidos en actas o informes, como lo establece el Art. 39 ibídem, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal. Previo a esto, examinará el cumplimiento de los preceptos legales y de las normas de auditoría y procederá a determinarlas con la debida motivación y sustentándose en los fundamentos de hecho y de derecho pertinentes.

De igual manera el Art. 212 de la Constitución de la República determina las funciones de la Contraloría General del Estado y en su numeral segundo establece que deberá: “Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado”.

En el supuesto que la Contraloría determine responsabilidad administrativa culposa de las autoridades, dignatarios, funcionario y servidores de las instituciones del Estado, conforme el Art. 45 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, se establecerá a base de



análisis documentado del grado de inobservancia de las disposiciones legales relativas al asunto de que se trate.

Los que incurran en esta responsabilidad serán sancionados, con multa de una a veinte remuneraciones básicas unificadas del trabajador del sector privado, al dignatario, autoridad, funcionario o servidor, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que hubiere lugar, de acuerdo a la gravedad de la falta cometida, pudiendo además ser destituido del cargo, de conformidad con la Ley.

El Art. 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que la responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cautelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

La responsabilidad civil culposa genera una obligación jurídica indemnizatoria del perjuicio económico ocasionado a las instituciones del Estado, calculado a la fecha en que éste se produjo, que nace sin convención, proveniente de un acto o hecho culpable del servidor público, o de un tercero, cometido sin intención de dañar, que se regula por las normas del cuasidelito del Código Civil.

Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia.



La responsabilidad civil culposa, como lo determina el Art. 53 ibídem, se determinará en forma privativa por la Contraloría General del Estado, cuando por los resultados de la auditoría gubernamental, se hubiere determinado que se ha causado perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de la acción u omisión culposa de los servidores públicos, o de las personas naturales o jurídicas de derecho privado.

Cuando del examen aparezca la responsabilidad civil culposa de un tercero²⁵, se establecerá la respectiva responsabilidad.

El mencionado perjuicio se establecerá de la siguiente forma:

1. Mediante la *predeterminación o glosa de responsabilidad civil culposa* que será o serán notificadas a la o las personas implicadas sean servidores públicos o personas naturales o jurídicas de derecho privado, concediéndoles el plazo de sesenta días para que las contesten y presenten las pruebas correspondientes. Expirado este plazo, la Contraloría General del Estado expedirá su resolución; y,

2. Mediante *órdenes de reintegro*, en el caso de pago indebido. Se tendrá por pago indebido cualquier desembolso que se realizare sin fundamento legal o contractual o sin que el beneficiario hubiere entregado el bien, realizado la obra, o prestado el servicio, o la hubiere cumplido sólo parcialmente. En estos casos, la orden de reintegro será expedida por la Contraloría General del Estado y notificada a los sujetos de la responsabilidad, concediéndoles el plazo improrrogable de noventa días para que efectúen el reintegro. Sin perjuicio de lo expresado, en el transcurso de dicho plazo, los sujetos de la responsabilidad podrán solicitar a la Contraloría General del Estado la reconsideración de la

²⁵ Se entenderá por tercero, la persona natural o jurídica privadas, que, por su acción u omisión, ocasionare perjuicio económico al Estado o a sus instituciones, como consecuencia de su vinculación con los actos administrativos de los servidores públicos (Art. 53 LOCGE).



orden de reintegro, para lo cual deberán expresar por escrito los fundamentos de hecho y de derecho y, de ser del caso, adjuntarán las pruebas que correspondan. La Contraloría General del Estado se pronunciará en el plazo de treinta días contados a partir de la recepción de la petición y su resolución será definitiva, pero podrá impugnarse en la vía contencioso administrativa.

Ejecutoriada la resolución administrativa o el fallo judicial, según el caso, si no se efectuare el reintegro, la Contraloría General del Estado dispondrá la emisión del título de crédito al organismo competente o lo hará por sí misma.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su Art. 65 establece que cuando por actas o informes y, en general, por los resultados de la auditoría o de exámenes especiales practicados por servidores de la Contraloría General del Estado se establezcan indicios de responsabilidad penal, [...], que trata del enriquecimiento ilícito y otros delitos; el jefe de auditoría interna, comunicará inmediatamente el particular a la Contraloría General del Estado y, en lo demás, se observará el procedimiento establecido en ese mismo artículo.

En el caso de la Procuraduría General del Estado, quién ejerce el patrocinio, representando al Estado, a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, el Procurador está facultado para transigir en caso de que exista alguna controversia, en este caso la terminación del contrato por mutuo acuerdo de las partes, conforme el Art. 5 literal d y f de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, que le permite: “Representar judicialmente al Estado, a los organismos y entidades del sector público, de acuerdo con la Constitución Política de la República, tratados y convenios



internacionales y la ley, en cualquier proceso o procedimiento que corresponda a la jurisdicción de los organismos, jueces o autoridades en otro Estado, con facultad para desistir de las acciones que hubiere propuesto y con facultad para transigir.”; además en el literal f, el Procurador está facultado para: “Autorizar a las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público, previo informe favorable del procurador o asesor jurídico respectivo, para desistir o transigir del pleito, cuando la cuantía de la controversia sea indeterminada o superior a veinte mil dólares de los Estados Unidos de América”.

Por lo que al momento de la terminación del contrato por mutuo acuerdo de las partes, los organismos o entidades del sector público, con personería jurídica, podrán transigir, previa autorización del Procurador General del Estado. Los organismos del régimen seccional autónomo no requerirán dicha autorización, pero se someterán a las formalidades establecidas en las respectivas leyes. Así lo establece el Art. 12 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

1.3. Terminación por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo ha pedido del contratista.

El Estado ha creado los mecanismos alternativos para la solución de conflictos (MASC), entre estos el arbitraje, ya que por la carga procesal, no es capaz por sí solo de dar solución a todos los problemas que se presentan diariamente; por lo que el mismo Estado ha tenido que buscar la manera de crear estos mecanismos alternativos para que las personas solucionen más rápidamente sus conflictos.



Se piensa que el arbitraje es un mecanismo en el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que surjan en las relaciones de dos o más partes, quienes acuerdan la intervención de un tercero (árbitro o tribunal arbitral) para que los resuelva, imponiendo una solución vía laudo²⁶ arbitral.

El arbitraje y la jurisdicción ordinaria se aproximan a un modelo adversarial de litigio común, debido a que manejan una estructura similar; el papel del árbitro es similar al del juez; los dos métodos resuelven controversias imponiendo la decisión para las partes; la sentencia es similar al laudo arbitral en el sentido que se entienden como cosa juzgada, sin embargo, el arbitraje no pretende reemplazar la justicia ordinaria, sino simplemente ofrecer otra alternativa con similar fuerza a la de los procesos jurisdiccionales, ya que ha sido autorizado, legalmente por mandato constitucional y, además, desarrollado en diferentes leyes a través de la historia; simplemente es una opción por la cual puedan optar las personas. (Ramírez Carvajal, 473 y ss.)

El Arbitraje y otros medios alternativos para la solución de conflictos últimamente han cobrado especial importancia y se encuentra reconocido en nuestra Constitución en su Art. 190 inciso primero, donde “reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.”

De esta manera, el Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, manifiesta que “el sistema arbitral es un mecanismo alternativo de

²⁶ Por Laudo “se entiende la sentencia o fallo que pronuncian la árbitros o los amigables componedores en los asuntos a ellos sometidos voluntariamente por las partes...” (Diccionario de Guillermo Cabanellas).



solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.”

A su vez el Art. 190 inciso segundo de la Carta Magna, establece que “en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.”

Referente al arbitraje en derecho, el Art. 104 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública manifiesta que, de existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.

Lo cual nos remite a la Ley de Arbitraje y Mediación en sus artículos 3 y 4, donde se establece que las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho.

Pero como lo indica la Constitución en Contratación Pública únicamente se procederá con arbitraje en derecho. Por lo tanto, como establece el Art. 3 Ibídem, si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.



Por lo tanto, conforme el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, relacionado con el tema en mención, establece que podrán someterse al arbitraje regulado en esta ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

De igual manera el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado establece que los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.



Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.

Por lo tanto, como se puede observar, para que se dé el procedimiento de arbitraje con instituciones del Estado, es necesario que este sea en derecho y con una autorización previa de la Procuraduría General del Estado, considerando esto siempre como un requisito previo, especialmente en el arbitraje internacional.

Cuando en el contrato no se hubiere pactado cláusula compromisoria, cualquiera de las partes podrá solicitar a la otra la suscripción de un compromiso o convenio arbitral para que un Tribunal de Arbitraje resuelva las diferencias presentadas en razón de la celebración del contrato y su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. En este caso, se requerirá informe favorable previo de la Procuraduría General del Estado. En el documento de compromiso o convenio arbitral que se suscriba, se señalará la materia objeto del arbitraje, la designación de árbitros, el lugar de funcionamiento del tribunal y la forma de cubrir los costos del mismo. (Arts. 160 al 162 Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública)

1.4. La declaración unilateral y anticipada del organismo contratante, por incumplimiento del contratista.



En caso de que exista incumplimiento del contrato administrativo por parte del contratista, por distintas razones o circunstancias debidamente justificadas, la institución contratante podrá dar por terminado el mismo, de manera unilateral y anticipada.

Como se puede apreciar, la contratación pública se caracteriza por ciertas imposiciones por parte de la Administración, cuando por razones de orden público así lo requieran. En este caso, como una cláusula exorbitante en los contratos efectuados con la Administración, podemos llamarla o entenderla como la “declaratoria de terminación unilateral y anticipada”.

Este tema se deja mencionado como una cláusula exorbitante que tiene el Estado respecto al administrado. El cual será desarrollado posteriormente a profundidad en este capítulo.

1.5. Terminación por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica del contratista.

En materia de contratación pública no cabe ni la cesión ni la transferencia de los contratos. Esto en razón de que el contratista fue escogido luego de un procedimiento precontractual en el que fue evaluado y se determinó que es él quien debe ejecutar el contrato, en razón de sus conocimientos y capacidades específicas. El artículo 78 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina:

“Art. 78.- Cesión de los Contratos.- El contratista está prohibido de ceder los derechos y obligaciones emanados del contrato.”

En tal virtud, con la muerte del contratista termina la relación contractual, sin que pueda heredarse el contrato, aunque alguno de los herederos pudiese continuar con la ejecución contractual.



Para el caso de las persona jurídicas debe considerarse que la relación contractual termina solo si la disolución de la misma no es fruto de decisión voluntaria de los órganos competentes de la sociedad. Permitir a la compañía que por su propia decisión pueda disolverse, podría permitir fraudes en contra de la administración, al extinguirse la contratista sin cumplir las obligaciones que contrajo en razón del contrato suscrito. Es decir, que la disolución debe ser fruto de una disposición de un órgano de control por ejemplo, para lo cual previamente se debe verificar si existen contratos públicos suscritos por la compañía, a efectos de garantizar el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas. (CEP, 189)

Los derechos y obligaciones que surgen del contrato obligan a los sujetos de la relación contractual, contratante y contratista, es decir, son de carácter personal, o lo que la doctrina conoce como *intuitu personae*, puesto que el proveedor participa en un proceso de contratación con un determinado producto, si este gana es porque cumplió con los parámetros de evaluación determinados en los pliegos, incluidos aspectos de experiencia, personal asignado a la ejecución del proyecto, soporte técnico, y demás condiciones. Mal podría la institución adjudicarle el contrato y que luego el adjudicatario decida ceder los derechos y obligaciones derivados del proceso de contratación.

Es decir que, el sujeto de la relación contractual que actúa como proponente, ya sea en calidad de oferente, adjudicatario y contratista, según corresponda el estado del proceso de contratación, siempre será la misma persona, sea natural o jurídica. (Dávila, 180 y ss.)

Conforme el inciso segundo del Art. 92 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se determina que los



representantes legales de las personas jurídicas cuya disolución se tramita están obligados, bajo su responsabilidad personal y solidaria, a informar a la autoridad a la que compete aprobar la disolución, sobre la existencia de contratos que aquellas tengan pendientes con las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, y a comunicar a las Entidades Contratantes respectivas sobre la situación y causales de disolución.

Para los indicados casos de disolución de personas jurídicas, antes de expedir la resolución que la declare, la autoridad correspondiente deberá comunicar sobre el particular al Servicio Nacional de Contratación Pública, para que éstos, en el término de diez (10) días, informen si la persona jurídica cuya disolución se tramita no tiene contratos pendientes con las entidades sujetas a esta Ley o precise cuáles son ellos.

Con la contestación del Instituto Nacional de Contratación Pública o vencido el antedicho término, se dará trámite a la resolución, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios o empleados que incumplieron su deber de informar.

De existir contratos pendientes de la persona jurídica frente al Estado o Entidades Contratantes, el Servicio Nacional de Contratación Pública informará sobre aquellos a la Entidad Contratante, a la autoridad a la que compete aprobar la disolución y a la Procuraduría General del Estado, para que en el proceso de liquidación adopten las acciones conducentes a precautelar y defender los intereses públicos.

Sobre la Subcontratación, el Art. 79 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en sus incisos primero, tercero y cuarto, establece que: El contratista podrá subcontratar la ejecución parcial del contrato con personas naturales o jurídicas registradas en el RUP, bajo su riesgo y responsabilidad.



Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado.

Por la subcontratación, el contratista no pierde su responsabilidad respecto a la obligación de cumplimiento del contrato para con la Entidad Contratante, la que no asume responsabilidad principal ni solidaria o subsidiaria con el subcontratado y con su personal.

2. La Terminación unilateral y anticipada del contrato por causas imputables al contratista.

2.1. Terminación por incumplimiento de la obligación contractual por parte del contratista.

El incumplimiento por el contratista de cualquier cláusula contenida en el contrato no aboca sin más a la resolución, que se traduce en una facultad de opción de la administración en orden a forzar el cumplimiento estricto de lo pactado mediante la imposición de sanciones o a acordar la resolución con pérdida de la fianza prestada por el contratista [...], opción que la administración puede ejercitar libremente en función de las circunstancias de cada caso.

“Es una forma de extinción anticipada del contrato actuada facultativamente por una de las partes, cuya función consiste en salvaguardar su interés contractual como defensa frente al riesgo de que quede frustrado por la conducta de la otra parte”. Se trata pues, ante todo, de evitar que el interés público padezca a resultas de la paralización de las obras o del servicio contratados, que siempre comportan unos perjuicios generales que el cumplimiento por equivalente [...] puede no ser bastante para reparar. (García de Enterría, 744)



Nadie podrá ser objeto de una sanción administrativa, ni de otra naturaleza que no estén establecidas en la ley, ya que el Art. 76 numeral tercero de la Constitución establece que: En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Consecuencia de la denominada *cláusula exorbitante de la administración*, que otorga a la administración pública una serie de facultades y privilegios por sobre el particular, en la relación contractual, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece la posibilidad que la entidad contratante pueda dar por terminado, mediante resolución motivada, el contrato, cuando se configura incumplimiento contractual injustificado del contratista.

La terminación anticipada y unilateral de un contrato implica una sanción al contratista, la cual analizaremos a continuación, pero en virtud de ello, es necesario garantizar el debido proceso reconocido en la Constitución de la República al contratista; por lo tanto se sigue un proceso administrativo en el cual el contratista puede defenderse y solo en el evento de que no justifique el incumplimiento procederá la



terminación unilateral, mediante resolución motivada de la máxima autoridad de la entidad contratante. (CEP, 187)²⁷

La Procuraduría General del Estado manifiesta que “...la cláusula exorbitante de terminación unilateral es prerrogativa irrenunciable de la contratación pública en los casos determinados por la ley. Lo contrario significaría que la entidad pública está sujeta a la arbitrariedad del contratista de celebrar o no el contrato de terminación por mutuo acuerdo, a sabiendas que la Administración lo que persigue es el interés público. A este efecto, a ella se le reconocen prerrogativas de poder, contenidas en las cláusulas denominadas exorbitantes del derecho común, como es la de terminación unilateral del contrato (Of. PGE No. 15249 de 24-08-94).

En las “Condiciones Generales de los Contratos” que establece el SERCOP, en la cláusula de terminación unilateral de los contratos, manifiesta que dentro del trámite, la declaratoria de terminación unilateral y anticipada del contrato no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo de parte del contratista.

Además tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensa, adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la Ley.

2.2. Análisis de la terminación por quiebra o insolvencia del contratista.

²⁷ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



Como quiebra podemos entender “Acción y situación del comerciante que no puede satisfacer las deudas u obligaciones contraídas; ya porque al vencimiento de algunas no dispone de fondos o bienes que le son debidos...”.²⁸

Mientras que Guillermo Cabanellas en su Diccionario Jurídico define Insolvencia como la “Imposibilidad de cumplir una obligación por falta de medios”.

La quiebra que se establece para personas jurídicas y la insolvencia para personas naturales, implica que el contratista se encuentra en una situación económica tan complicada que le impedirá continuar con la ejecución contractual, pues en contra del mismo se pueden iniciar incluso acciones civiles o penales que le impedirían administrar su patrimonio. Es en esa virtud, que se considera que en defensa de los intereses públicos y para salvaguardar los recursos públicos, se puede declarar la terminación anticipada y unilateral del contrato. (CEP, 188)²⁹

El Art. 7 numeral 3 del Código de Comercio, dispone que no pueden comerciar los quebrados que no hayan obtenido rehabilitación.

Debemos tomar en cuenta que por lo general, se hace una distinción entre quiebra e insolvencia, ya que la primera se refiere cuando se trata de personas jurídicas, mientras que la segunda recae sobre las

²⁸ Dávila C., Pablo Oswaldo. *Teoría General de la Contratación Pública Ecuatoriana*. Quito. Cevallos editora jurídica. 2015.

²⁹ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



personas naturales, esta diferencia la toma el Código Civil. Mientras que el Código de Comercio, como podemos observar en el artículo antes mencionado, habla de quebrados en general, incluyendo tanto a personas naturales como jurídicas.

Con esto se puede fortalecer lo que establece el Art. 94 en su numeral 2 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, al considerar a la quiebra o insolvencia del contratista como una causal para la terminación anticipada y unilateral de los contratos públicos, ya que como lo establece el Código de Comercio, una persona ya sea natural o jurídica, en esa condición, no podrá comerciar o contratar, es decir no podrá obligarse.

2.3. Terminación en el caso de que el valor de las multas supere el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

La ley exige que al momento de la suscripción de los contratos públicos, los contratistas otorguen las garantías que correspondan, incluyendo garantías técnicas de ciertos bienes (Art. 76 LOSNCP), garantía de fiel cumplimiento (Art. 74 LOSNCP) y garantía del anticipo (Art. 75 LOSNCP), según el caso.

Herrera, define a las garantías de la siguiente manera: “(...) son una relación extracontractual entre el Estado y una compañía de seguros que, dentro de su actividad, contrata con un tomador que se llama



contratista, la adopción de un riesgo, siendo el Estado beneficiario".³⁰
(CEP, 149 y ss.)³¹

De esta manera y una vez que el contrato se encuentre en ejecución, en caso de que las multas impuestas al contratista supere el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que la institución contratante podrá dar por terminado el contrato de manera anticipada y unilateral.

El Art. 74 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor.

En los contratos de obra o en la contratación de servicios no normalizados, si la oferta económica adjudicada fuese inferior al presupuesto referencial en un porcentaje igual o superior al diez (10%) por ciento de éste, la garantía de fiel cumplimiento deberá incrementarse

³⁰ HERRERA, BENJAMIN, *Contratos Públicos*, Editorial Gustavo Ibáñez, Bogotá, p. 327.

³¹ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



en un monto equivalente al veinte (20%) por ciento de la diferencia entre el presupuesto referencial y la cuantía del contrato.

Tales cauciones podrán constituirse mediante la entrega de las garantías contempladas en los números: 1, 2; y, 5 del artículo 73 de esta Ley.

No se exigirá este tipo de garantía en los contratos de compraventa de bienes inmuebles y de adquisición de bienes muebles que se entreguen al momento de efectuarse el pago.

Tampoco se exigirá esta garantía en los contratos cuya cuantía sea menor a multiplicar el coeficiente 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

Con cargo a la garantía de fiel cumplimiento se podrá efectivizar las multas que le fueren impuestas al contratista.

2.4. Terminación del contrato cuando por decisión del contratista se da la suspensión de los trabajos, por más de sesenta días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito.

Otro caso en que la Entidad Contratante puede dar por terminado el contrato de manera unilateral y anticipada, es el que lo establece el Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su numeral cuarto: “Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito”.

De esta manera, el Diccionario de la Lengua Española, define suspender como “*Detener o diferir por algún tiempo una acción u obra*”, y en el caso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación



Pública establece un plazo de 60 días para que pueda aplicarse esta causal como forma de terminación unilateral y anticipada del contrato, pero con la condición se podría decir, de que no medie “fuerza mayor o caso fortuito”.

Cómo ya lo habíamos establecido y para entender esa condición que establece la Ley, el Código Civil ecuatoriano, en su Art. 30 manifiesta y ejemplifica que se llama fuerza mayor o caso fortuito, “*el imprevisto a que no es posible resistir*, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

En las “Condiciones Generales de los Contratos” que establece el SERCOP, encontramos las Prórrogas de Plazo como un cláusula del contrato, la misma que establece que la Entidad Contratante prorrogará el plazo total o los plazos parciales en algunos casos, entre esos: “Cuando el contratista así lo solicitare, por escrito, justificando los fundamentos de la solicitud, dentro del plazo de quince días siguientes a la fecha de producido el hecho, siempre que este se haya producido por motivos de fuerza mayor o caso fortuito aceptado como tal por la máxima autoridad de la Entidad Contratante o su delegado, previo informe del administrador del contrato. Tan pronto desaparezca la causa de fuerza mayor o caso fortuito, el contratista está obligado a continuar con la ejecución del contrato, sin necesidad de que medie notificación por parte del administrador del contrato para reanudarlo”.

Posterior a ello, las partes podrán elaborar un nuevo cronograma, que sustituirá al original y tendrá el mismo valor contractual del que fue sustituido. Así se podría evitar una terminación unilateral y anticipada del contrato.



2.5. Terminación en el caso de haber celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley.

Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se refiere a aquellos casos en los cuales no se han observado disposiciones de dicha ley que impiden la celebración de contratos, por ejemplo, celebrar contratos subdivididos, incumpliendo la prohibición expresa que consta en la Disposición General Segunda de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Así mismo, nos encontramos que en esta situación si se suscribe un contrato con algún proveedor incurso en las prohibiciones generales o especiales previstas en los artículos 62 y 63 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, respectivamente. En estas circunstancias, se considera que el contratista debió prever la sanción que se le impondría, pues estas prohibiciones legales se presumen conocidas por todos. Adicionalmente, la entidad debe terminar con una relación contractual en la que la se generó la misma violando las disposiciones legales aplicables. (CEP, 188)³²

Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o

³² Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



recursos públicos; así lo establece la Constitución de la República en su Art. 233 inciso primero.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su Art. 64 se refiere a los Contratos Celebrados contra Expresa Prohibición y establece que, si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará.

Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar.

2.6. Por circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, en que el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato.

Finalmente, cabe la posibilidad de que aunque existan circunstancias que motivan una terminación por mutuo acuerdo del contrato (como se determinó anteriormente en el punto 1.2), el contratista no acepte terminarlo por esa vía, ante lo cual se prevé que la entidad pública pueda terminar de forma anticipada y unilateral del contrato, pero



en este caso no se impondrá la sanción correspondiente al contratista.
(CEP, 188)³³

El Art. 94 en su inciso segundo, de la LOSNCP, determina que en este último caso, el contratista tiene la obligación de devolver el monto del anticipo no amortizado en el término de treinta (30) días de haberse notificado la terminación unilateral del contrato en la que constará la liquidación del anticipo, y en caso de no hacerlo en término señalado, la entidad procederá a la ejecución de la garantía de Buen Uso del Anticipo por el monto no devengado. El no pago de la liquidación en el término señalado, dará lugar al pago de intereses desde la fecha de notificación; intereses que se imputará a la garantía de fiel cumplimiento del contrato.

3. Trámite y procedimiento de la declaratoria de terminación unilateral y anticipada del contrato por causas imputadas al contratista.

Como lo establece la Constitución de la República en su Art. 76, “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso [...]”.

La forma más sencilla de comprender al debido proceso, es imaginando una cadena, que no es otra cosa que la unión de varios eslabones, para que la cadena cumpla la finalidad para la cual fue creada, cada eslabón debe estar bien vinculado uno con otro; de soltarse un eslabón o si se rompe uno de ellos, toda la cadena queda insubsistente, es decir, no funciona. (Dávila C., 125)

³³ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



La terminación unilateral y anticipada del contrato es un procedimiento administrativo, por ende, necesitamos definir qué se entiende por procedimiento administrativo:

“El Procedimiento administrativo es considerado la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa para la realización de un objetivo en específico. La naturaleza de este procedimiento es la emisión de un acto administrativo”.³⁴

“Se conoce como procedimiento administrativo a uno de los ejes fundamentales del Derecho Administrativo; gracias a él los ciudadanos de una determinada comunidad tienen la seguridad de que los trámites administrativos desarrollados frente a un organismo público se realizarán de forma rigurosa en base a las leyes pactadas por dicha comunidad, y no de forma aleatoria. Consiste en una serie de pasos que permitirán que los ciudadanos puedan sentirse al amparo de la ley de su país y ante cualquier duda puedan reclamar al organismo del Estado.

Es decir que un procedimiento administrativo implica el desarrollo formal de las acciones que se requieren para concretar la intervención administrativa necesaria para la realización de un determinado objetivo. Su propósito es la concreción de un acto de carácter administrativo.

De esta manera, el procedimiento administrativo sirve para garantizar la actuación administrativa, la cual no puede ser arbitraria y discrecional debido a que debe someterse a las reglas del procedimiento.”³⁵

³⁴ “El Procedimiento Administrativo”. Internet: www.definicionlegal.blogspot.com. Acceso: 05 Abril 2016.

³⁵ “Procedimiento Administrativo” Internet: www.definicion.de. Acceso: 05 Abril 2016.



El procedimiento que debe seguirse para la terminación anticipada y unilateral de un contrato, de conformidad con el artículo 95 de la LOSNCP y 146 de su Reglamento General de aplicación es el siguiente:

a) La fiscalización o administración del contrato, según corresponda, determinará el incumplimiento en el que habría incurrido el contratista y lo notificará a la máxima autoridad de la entidad contratante. De considerar que procede la terminación del contrato, dispondrá el inicio del trámite de terminación, solicitando los siguientes informes³⁶:

- Técnico, en el que se determine la circunstancia que motiva la terminación anticipada y unilateral, así como el estado de avance de la ejecución contractual.

- Económico, en el que se determinen los pagos que se realizaron al contratista, así como la situación de las garantías que otorgó.

- Consideramos importante también contar con un informe Jurídico, en el que se determine específicamente la causal de terminación del contrato.

b) Una vez que se cuenten con los informes mencionados en el literal anterior, se notificará al contratista con la decisión de terminar anticipada y unilateralmente el contrato, determinándose el

³⁶ Art. 71 ERJAFE.- DICTAMENES E INFORMES.- “Se requerirá de dictámenes e informes cuando ello sea obligatorio en virtud de las normas de procedimiento administrativo.

El dictamen tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad.

El dictamen o informe se integra como otra etapa de carácter consultivo - deliberativo en el procedimiento administrativo de conformar la voluntad administrativa”.

En definitiva podemos decir que informe es un recuento cronológico de los hechos, y dictamen es un recuento cronológico de los hechos, pero además con una posición, criterio o juicio de valor.



incumplimiento o mora en la que ha incurrido³⁷. Se remitirá junto a la notificación los informes técnico y económico y se le solicitará que en el término de diez (10) días justifique o remedie el incumplimiento. El artículo 146 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública determina que además de notificarse al contratista, esta decisión de terminación anticipada y unilateral deberá ser notificada a las aseguradoras, garantes o bancos que hubieren emitido las garantías del contrato, adjuntado los informes técnico y económico.

c) Si el contratista no justificare el incumplimiento o no remediare la mora, en el término concedido, o incluso si no se pronunciare sobre la notificación, la entidad declarará terminado anticipada y unilateralmente el contrato, para lo cual la máxima autoridad emitirá resolución correspondiente, debidamente motivada. Puede suceder también que los justificativos planteados no fueren aceptados por la entidad, ante lo cual se emitirá la resolución respectiva de terminación anticipada y unilateral.

d) Una vez declarada la terminación anticipada y unilateral, la resolución se comunicará al SERCOP y se publicará en el portal de compras públicas. Además, se realizará la liquidación financiera y contable del contrato, determinando el avance efectivo de las obras,

³⁷ Aquí se aplicaría el Principio de Tipicidad el cual “se refiere a la exigencia hecha a la Administración para que de manera previa a la conducta reprochada, se establezcan las infracciones en las que puede incurrir un sujeto, así como las correspondientes sanciones que le podrían ser aplicadas en caso de comprobarse el hecho que se le atribuye, todo lo cual viene a garantizar el principio de seguridad jurídica que necesariamente debe impregnar los diferentes ámbitos de la materia sancionadora”. (Vargas López, Karen. *Principios del Procedimiento Administrativo Sancionador*, pág. 61) De esta manera nadie podrá ser sancionado sin saber previamente de qué se le acusa.



bienes y servicios, así como los valores que se deben las partes. (CEP, 189 y ss.)³⁸

Si vencido el término señalado no efectúa el pago, deberá cancelar el valor de la liquidación más los intereses dejados hasta la fecha efectiva del pago. La entidad contratante también tendrá derecho a demandar la indemnización de los daños y perjuicios, a que haya lugar. Una vez declarada la terminación unilateral, la entidad contratante podrá volver a contratar inmediatamente el objeto del contrato que fue terminado, de manera directa, de conformidad con el procedimiento que se establezca en el reglamento de aplicación de esta Ley. (Art. 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública)

La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista. Tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato, porque se tienen mecanismos de defensas adecuados y eficaces para proteger los derechos derivados de tales resoluciones, previstos en la ley (Art. 95 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública).

De acuerdo a nuestra Constitución, se establece sin discriminación alguna, en los artículos 10; 11 numerales 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 86 numeral 1; que todas las personas gozarán de los derechos garantizados en la misma, por lo que, lo establecido en el Art. 95 de la Ley Orgánica del

³⁸ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



Sistema Nacional de Contratación Pública referente a que “*tampoco se admitirá acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato [...]*” podemos decir que es una norma inconstitucional. Ya que así lo determina específicamente el Art. 11 numeral 8, inciso segundo de la Constitución: “*Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.*”

Además, como lo establece el Art. 75 ibídem, “*Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.*”, de la misma manera no hace discriminación de ninguna persona o en la calidad en que se encuentre, para poder acceder a la justicia en cualquier momento.

Otra violación que se hace a nuestra Carta Magna con este artículo 95 inciso segundo de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, es el no considerar, ni tomar en cuenta los artículos 424 y 425 en lo referente a la aplicación de las normas de acuerdo a su jerarquía. Ya que el Art. 424 en su inciso primero, establece que “*La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. [...]*”; y el Art. 425 de igual manera en su inciso primero señala que “*El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos*”.



Al respecto, encontramos en el Art. 4 del Código Orgánico de la Función Judicial, el mismo que se refiere al Principio de Supremacía Constitucional, y establece que *“Las juezas y jueces, las autoridades administrativas y servidoras y servidores de la Función Judicial aplicarán las disposiciones constitucionales, sin necesidad que se encuentren desarrolladas en otras normas de menor jerarquía. En las decisiones no se podrá restringir, menoscabar o inobservar su contenido”*.

En conclusión a este tema, podemos decir que lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 95, en lo referente a que no se podrá presentar acciones constitucionales contra las resoluciones de terminación unilateral del contrato es una norma inconstitucional, ya que viola todos los derechos que garantiza nuestra Constitución en lo referente a este tema, siendo jerárquicamente superior.

Finalmente, si impondrán las sanciones siguientes:

- Inscripción en el Registro de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos.
- Ejecución de las Garantías que hubiere entregado el contratista.
- Además, la entidad contratante podrá demandar por daños y perjuicios causados al contratista incumplido.

A manera de conclusión, hay que diferenciar en el procedimiento cuales son los Actos de Simple Administración y el Acto Administrativo:

ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACION	ACTO ADMINISTRATIVO
Como Actos de Simple Administración tenemos:	Como Acto Administrativo: <ul style="list-style-type: none">• La resolución que declara



<ul style="list-style-type: none">• El informe técnico.• El informe jurídico.• El informe económico.• La primera notificación al contratista con la decisión de terminar anticipada y unilateralmente el contrato. <p>➤ La contestación a la notificación ya no es un acto de simple administración porque ya no es un acto de autoridad.</p>	<p>terminado anticipada y unilateralmente el contrato.</p> <p>➤ El oficio a la aseguradora para ejecutar las garantías del contrato, el oficio al SERCOP para que inscriba al contratista incumplido, son consecuencias del Acto Administrativo.</p>
--	--

Debe entenderse por acto de simple administración a aquellos actos jurídicos internos de las Administraciones públicas que no crean, modifican o extinguen derechos subjetivos, pero que posteriormente si producen efectos jurídicos individuales en forma directa, ya que se dictan en orden a formar la voluntad administrativa final, que se verá plasmada en un acto administrativo. (CEP, 199)³⁹

Además el Art. 70 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, define a los Actos de Simple Administración y establece que: “son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia”.

Mientras que el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización en su Art. 364 determina que: “Por actos

³⁹ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



de simple administración se entenderán aquellos actos jurídicos de la administración pública que no crean, modifiquen ni extinguen derechos subjetivos”.

Por ende, el Art. 74 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en lo referente a la impugnación establece que: “Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables. Ello sin perjuicio del derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un informe o dictamen erróneo.”

En cuanto a los Actos Administrativos el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su Art. 65, determina que: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”

Y el Art. 69 Ibídem, en cuanto a la impugnación establece que: “Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa.

No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa.”



Jorge Zavala Egas hace una importante diferenciación de los *actos administrativos* y los *actos de simple administración* en los siguientes términos: “*Los actos administrativos son eminentemente resolutorios, desde su concepto mismo, pues son los que producen efectos jurídicos individuales de forma directa y, por lo tanto, ponen fin a un procedimiento administrativo, esto es, causan estado; mientras que los actos de simple administración se encuentran también definidos en el ERJAFE y no ponen fin a ningún procedimiento administrativo*”⁴⁰. (Dávila C., 164)

⁴⁰ ZAVALA EGAS, Jorge; Lecciones de Derecho Administrativo, EDILEX S.A., año 2011, p. 377.



Capítulo III

MEDIOS IMPUGNATORIOS A LA TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DEL CONTRATISTA INCUMPLIDO Y SUS CONSECUENCIAS JURÍDICAS.

1. Medios impugnatorios a la terminación unilateral y anticipada del contratista incumplido.

Una de las características más importantes en un régimen democrático es la impugnabilidad de todo acto administrativo o acto de autoridad. Por lo que nuestra Constitución de la República contempla en su Art. 173 lo siguiente: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

En efecto, como señala el autor español Ramón Martín Mateo, la Administración está en la obligación de rectificar desviaciones en las que pueda haber incurrido frente a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico o simplemente, sin que se haya producido una ilegalidad, está en la obligación de adoptar nuevas decisiones más razonables, aunque en este último caso por apreciaciones de oportunidad, no podrán afectarse derechos adquiridos ni empeorar la situación de terceros. [...] En este sentido, debemos tener en cuenta que uno de los fines de la



impugnación en sede administrativa es evitar que inconvenientes que pueden ser superados en ésta misma sede, pasen a conocimiento de los tribunales de justicia más costosos y, [...] más lentos. (Mejía Salazar, 14)⁴¹

De esta manera, es importante distinguir que es Reclamo y qué es Recurso.

Reclamación o Reclamo Administrativo. Es la presentación, [...], que realiza el particular afectado ante su superior jerárquico u órgano competente, a efectos de que éste, reconozca un derecho propio del administrado y sobre el que aún la Administración, no se ha pronunciado.⁴²

El Art. 150 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece que podrán presentar reclamaciones, los oferentes que se consideren afectados en sus intereses por actos administrativos emitidos por las entidades en el Art. 1 de la Ley, es decir Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado, Los Organismos Electorales, Los Organismos de Control y Regulación, las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo, Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado, las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos, y las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los distintos casos.

⁴¹ Mejía Salazar, Álvaro Renato. *"Naturaleza Jurídica de los Recursos Administrativos en Materia Tributaria"*. Internet. www.repositorio.uasb.edu.ec. Acceso: 15 abril 2016.

⁴² *"Aproximación al Derecho Administrativo"*. Internet. www.unterseccionalroca.org.ar. Acceso: 15 abril 2016.



Mientras que, los Recursos Administrativos surgen como un remedio a la legal actuación de la administración. Son medios legales que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los particulares para lograr, a través de la impugnación, que la Administración rectifique su proceder. Son la garantía del particular para una efectiva protección de su situación jurídica.

Son denominados Recursos, porque se trabaja con un acto preexistente, es decir, con una materia procedimental ya decidida, que en este caso, es un acto administrativo de efectos particulares.⁴³

Recursos Administrativos: Es toda impugnación, en término, de un acto administrativo, interpuesta por quién se ve afectado en un derecho propio, con el objeto de que el órgano que emitió el acto, un superior jerárquico o el órgano que ejerce el control, proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado.⁴⁴

Así, el Art. 151 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, determina el Recurso de reposición, y establece que “Las resoluciones que atiendan los reclamos podrán ser recurridas en recurso de reposición ante el propio órgano que las expidió.

Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente.”

En sede administrativa, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento contemplan las figuras de Reclamo y Recurso de Reposición especiales para contratación pública.

⁴³ Wendys23. “*Recursos Administrativos*”. Internet. www.monografias.com. Acceso: 15 abril 2016.

⁴⁴ “*Aproximación al Derecho Administrativo*”. Internet. www.unterseccionalroca.org.ar. Acceso: 15 abril 2016.



Así, solo son impugnables en sede jurisdiccional, es decir en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, los actos administrativos. (CEP, 191)⁴⁵

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento incluyen y desarrollan la figura del Reclamo Administrativo (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 102; Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: Arts. 150 a 159), que puede imponerse EXCLUSIVAMENTE por parte de los oferentes que se consideren afectados en contra de hechos o actos administrativos emitidos por las entidades contratantes, únicamente en las siguientes circunstancias:

- Por asuntos relacionados con la oferta;
- Respecto al trámite precontractual; o,
- Respecto de la adjudicación.

Por otro lado, conforme el artículo 150 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en las reclamaciones los oferentes podrán petitionar o pretender:

- La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnen los actos de simple administración; y,
- La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan. (CEP, 192)⁴⁶

⁴⁵ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.

⁴⁶ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



Frente a la Resolución que emita la autoridad competente al conocer el reclamo administrativo presentado, la ley permite la interposición de un Recurso de Reposición. Como su nombre lo indica, esta acción se la presenta ante la misma autoridad que emitió la resolución impugnada. Cabe mencionar que el segundo inciso del artículo 151 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que: “Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del oferente.” Sobre esto, como habíamos señalado anteriormente, todo acto administrativo tiene como una de sus características básicas, el producir efectos directos, por lo que con esta precisión se pretende que dichos efectos directos afecten exclusivamente al oferente que presentó previamente el reclamo administrativo.

Con lo mencionado anteriormente, podemos observar que las figuras del Reclamo y Recurso de Reposición, únicamente es aplicable para el procedimiento precontractual y contractual en base de la formación de la voluntad, ya que no procede a la terminación unilateral y anticipada del contrato, pues con la terminación ya no habría contrato.

El momento en que se haya dado la terminación unilateral y anticipada y se realice cualquier reclamo o se plantee cualquier recurso, se aplicará la norma supletoria y de carácter general en administración pública, es decir, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), ya que como lo establece su Art. 1: *“el presente estatuto instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la*



Función Ejecutiva” (Esto es, Presidencia, Vicepresidencia, Ministerios, etc.)⁴⁷.

Ya que cuando se desee presentar un reclamo o recurso en contra de un Gobierno Autónomo Descentralizado (GAD) se deberá acudir al Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), ya que en su Art. 406 establece que: “Se podrá impugnar contra las resoluciones que emitan los directores o quienes ejerzan sus funciones en cada una de las áreas de la administración de los gobiernos regional, provincial, metropolitano y municipal, o el presidente o presidenta de la junta parroquial rural, así como las que expidan los funcionarios encargados de la aplicación de sanciones en ejercicio de la potestad sancionadora en materia administrativa, y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio de difícil o imposible reparación a derechos e intereses legítimos [...]”.

El ERJAFE establece los siguientes reclamos y recursos:

- Reclamos Administrativos (Art. 172 y 173)
- Recurso de Reposición (Art. 174 y 175)
- Recurso de Apelación (Art. 176 y 177)
- Recurso Extraordinario de Revisión (Art. 178)

Mientras que el COOTAD determina los siguientes recursos:

- Recurso de Reposición (Art. 407 y 408)
- Recurso de Apelación (Art. 409 y 410)
- Recurso de Revisión (Art. 411 y ss.)

⁴⁷ Art. 2 del ERJAFE: Órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función ejecutiva.



Por lo tanto el Reclamo y Recurso de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, no es un medio impugnatorio en la terminación unilateral y anticipada, por ello principalmente para la administración central y subsidiariamente para los demás organismos, se aplicará los Recursos del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en los demás casos el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Con esto termina la vía Administrativa.

En Resumen, en contratación pública los actos administrativos y de simple administración pueden ser impugnados en sede administrativa, a través del reclamo o el recurso de reposición contemplados en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, adicionalmente, dichos actos pueden ser impugnados mediante los recursos de Reposición, Apelación y Revisión contemplados en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, ERJAFE, para aquellas entidades a las cuales se les aplica dicho estatuto.

Sin embargo, existe otro Recurso que puede interponerse en contra de un acto administrativo emitido en relación a temas de contratación pública: es el Recurso ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

El artículo 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone que, de la resolución que tome la entidad sobre reclamos o recursos planteados en sede administrativa, se podrá presentar demanda contencioso administrativa. Por su parte, el artículo 105 ibídem dispone que, de surgir controversias en que las partes



contratantes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Adicionalmente, el artículo 163 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que de no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán antes los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en la ley de la materia.

De tal forma, podemos observar que los intervinientes en relaciones de contratación pública pueden acudir a un recurso en sede judicial y no administrativo para que ventilen sus recursos y demandas sobre el tema. Es por esto que resulta de vital importancia conocer el objeto, características y alcance de los recursos contencioso administrativos contemplados en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (CEP, 202)⁴⁸

En esta vía Judicial, se aplicará la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, la cual establece en su Art. 1 que *“puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”*.

⁴⁸ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



Para lo cual el Art. 3 Ibídem determina que el Recurso Contencioso – Administrativo es de dos clases:

- De Plena Jurisdicción o Subjetivo: el cual ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.
- De Anulación, Objetivo o por Exceso de Poder: tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

Se debe tomar en cuenta que el Código Orgánico General de Procesos que en su Art. 326, establece las acciones en el procedimiento contencioso administrativo, y en sus numerales 1 y 2, determina con el mismo texto lo manifestado anteriormente.

Es así, que mediante el recurso subjetivo o de plena jurisdicción se puede atacar un acto administrativo que afecta derechos subjetivos particulares; mientras que mediante el recurso objetivo o de nulidad se pretende tutelar el cumplimiento de una norma jurídica objetiva de carácter administrativo, de efectos erga omnes, es decir propone la nulidad de un acto CON EFECTOS GENERALES por adolecer de vicios legales en su creación.

Sobre esto último, el Tribunal Contencioso Administrativo se pronunció mediante Resolución publicada en Registro Oficial 722 de 9 de Julio de 1991, señalando que:

“Respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende



únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente.” (CEP, 203)⁴⁹

Con esto se confirma que el recurso objetivo o de anulación puede ser interpuesto respecto de un acto, sea este administrativo o normativo, pero siempre que el mismo tenga carácter general.

De esta manera, para que se ataque un acto administrativo a través del recurso objetivo, es que el mismo tenga efectos generales.

Así podemos tomar también, lo que resolvió la Sala de lo Administrativo de la ex Corte Suprema, en sentencia del 10 de enero de 1996:

“El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. El recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular, que incide sobre un derecho subjetivo. No queda al criterio de los litigantes determinar la clase de recurso propuesto ni es facultad discrecional del juez calificar de qué recurso se trata, puesto que, ambos recursos están taxativamente definidos en la ley. (CEP, 205)⁵⁰

En conclusión, en contratación pública las partes, mediante vía judicial, deberán interponer el recurso subjetivo contra reglamentos,

⁴⁹ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.

⁵⁰ Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.



actos administrativos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que hayan vulnerado, desconocido, o no reconocido total o parcialmente el derecho subjetivo del recurrente.

El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.

En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años (Art. 65 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa). Estos plazos se mantienen en el Código Orgánico General de Procesos en el Art. 306 numeral 1 y 2.

En cuanto a la competencia de los jueces de lo Contencioso Administrativo, el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado manifiesta que: “Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para



iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa”.

Aunque al momento de realizar la presente monografía, aún no entra en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, hay que tomar en cuenta el Art. 299, que determina la Competencia en temas administrativos estableciendo que: “En las controversias en las que el Estado o las instituciones que comprenden el sector público determinadas por la Constitución, sea el demandado, la competencia se radicará en el órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor. Si es actor, la competencia se fijará en el lugar del domicilio del demandado”. De esta manera, establece que sean actor o demandado las instituciones estatales, en los casos de contratación pública que nos compete por el momento, siempre radicará la competencia en el domicilio del contratista.

De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva. (Art. 104 LOSNCP).

En efecto el arbitraje y mediación no solamente es un mecanismo expedito, de aproximación de las partes de llegar a un arreglo por consenso, pues normalmente requiere de pocas audiencias, efectuadas las cuales se pueden advertir con facilidad la viabilidad de un acuerdo o simplemente la imposibilidad de lograrlo.



Además, el prescindir de un proceso judicial y la intervención de jueces, reduce considerablemente los costos y duración del conflicto. [...] “los laudos arbitrales tienen efectos de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia...” (Art. 32 Ley de Arbitraje y Mediación). (Vaca Núñez, 200 y ss.)⁵¹

El Arbitraje al estar reconocido en nuestra Constitución, antes este medio alternativo de solución de conflictos era la regla, y las entidades establecían una cláusula referente a este tema; ya que una vez surgido el conflicto se pedía el informe del Procurador General del Estado y se daba paso al arbitraje. Ahora se mantiene el Arbitraje, pero es la excepción, porque para que sea válida ésta cláusula, debe existir previamente el informe del Procurador General del Estado; ya que existen contratos que por su importancia, por su valor, por su monto, por las partes que lo ejecutan, etc., las entidades contratantes si se preocupan de conseguir el informe del Procurador General del Estado y firmar el contrato con cláusula arbitral, en donde, en caso de que ese contrato específico haya fijado arbitraje, el competente para conocer la impugnación a la terminación del contrato es el árbitro o árbitros.

Análisis de Caso Práctico de Terminación Unilateral y Anticipada del Contrato

El siguiente caso que va a ser analizado, es una demanda presentada ante el TRIBUNAL DISTRITAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO NUMERO TRES, por parte del Ing. MILTON

⁵¹ Vaca Núñez, Cristóbal. *Fundamentos de la Contratación Pública*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2015.



ALFONSO CORDERO GARATE, quién propone una acción contenciosa administrativa en contra del Ministerio del Deporte y de la Procuraduría General del Estado e impugna la Resolución No. 377 de 14 de marzo de 2011, suscrita por el Dr. Marco Prado Jiménez, con la cual declara terminado anticipada y unilateralmente el Contrato No. 003-UTGOE – C, suscrito con el actor, el 11 de agosto de 2008, para la ejecución de la obra: “Construcción de la Segunda Etapa del Centro de Alto Rendimiento, según los Estudios y Diseños la Etapa 2, Planta Baja”.

ANTECEDENTES:

En fecha 11 de agosto del 2008, se suscribe el contrato No. 003 UTGOE-C, para la ejecución de la obra: “Construcción de la Segunda Etapa del Centro de Alto Rendimiento según los Estudios y Diseños la Etapa 3, Planta Baja”, entre el Ing. Milton Alfonso Cordero Gárate y la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales UTGOE representado por el Director Ejecutivo Arq. Edyson Alvarado Suárez y Asesor Jurídico Dr. Ernesto Ulloa Reinoso, el mismo que tenía por objeto: *“ejecutar los rubros que se encuentran detallados en las tablas de cantidades y precios, comprometiéndose al efecto a realizar dicha obra, con sujeción a los planos, especificaciones técnicas y demás documentos contractuales. Corresponde al contratista proporcionar la dirección técnica, proveer la mano de obra, el equipo y maquinaria requerida y los materiales necesarios para ejecutar debidamente la obra de acuerdo al cronograma de ejecución de los trabajos y dentro del plazo convenido, a entera satisfacción de la entidad contratante”*.

El PRECIO de dicho contrato se estableció en \$216. 172,91 (DOSCIENTOS DIEZ Y SEIS MIL CIENTO SETENTA Y DOS CON 91/100 DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA).



El PLAZO DE EJECUCIÓN se estipuló en NOVENTA (90) DÍAS a partir de la entrega del anticipo, el mismo que fue entregado al actor en fecha 13 de Octubre del 2008, el valor de \$172.938,32 equivalente al 80%.

Mediante oficio No. MD-CGAJ-2010-0104-O de 13 de Diciembre del 2010, suscrito por el Dr. Marco Jiménez, Coordinador de Asesoría Jurídica del Ministerio del Deporte, se notifica al actor con la Resolución de INICIAR EL TRÁMITE DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO, sustentándose para el efecto en que el contratista ha incurrido en incumplimiento contractual y refiriéndose a los numerales 1, 4 y 5 del Art. 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, numerales que se refieren a: *“1. Por incumplimiento del contratista; 4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito; y 5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley...”*; adjuntando el informe económico, técnico y jurídico. Finalmente concede al contratista el término de diez (10) días para que remedie el incumplimiento o justifique la mora, caso contrario se emitirá la resolución de terminación.

En fecha 15 de Marzo del 2011, mediante oficio No. MD-CGAJ-2011-0079-O, se adjunta la Resolución No. 377 de Terminación Unilateral y Anticipada del Contrato, sustentándose en los artículos 94, 95 y 146 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento, estableciendo que resuelve: *“Art. 1.- Declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato No. 003-UTGOE-C [...], toda vez que no ha justificado la mora o remediado el incumplimiento dentro del término de diez (10) días [...]; Art. 4.- El*



Ingeniero Alfonso Cordero Gárate, deberá cancelar los valores liquidados dentro de diez días hábiles siguientes a la liquidación, esto es la cantidad de \$359.499,74 por concepto de multa. Vencido este término, causarán intereses legales y los daños y perjuicios que justificare la parte afectada...”

La parte actora, referente a este oficio manifiesta que sobre las multas que se establece que debe cancelar, en el inicio de dicha terminación no se mencionó nada sobre las multas y en el Informe Económico adjunto, tampoco se establece rubro alguno por este concepto.

El actor, luego de ser notificado el 14 de diciembre del 2010 con la resolución de Inicio de Terminación Unilateral y Anticipada del contrato y dentro del plazo concedido para justificar la mora o remediar el incumplimiento, mediante oficio No. 151-ACG-2010 de 23 de diciembre del 2010, explicó y justificó de manera detallada y documentada la mora y sobre todo, demostró que el incumplimiento no es imputable al contratista sino a la entidad contratante.

En la demanda, el actor manifiesta que los trabajos objeto del contrato se ejecutaron satisfactoriamente dentro del plazo convenido y fueron aprobados por el Fiscalizador, por lo que detalla lo siguiente:

- El contrato se suscribe el 11 de Agosto del 2008, con plazo de noventa días a partir de la entrega del anticipo.
- El anticipo se entrega el 13 de Octubre del 2008 en la suma de \$172.938,32 (80%), por lo que el plazo inicia a partir de esta fecha, sin perjuicio que el contratista efectivamente inició los trabajos el 18 de Agosto del 2008.



Contabilizando los noventa días el actor debía haber concluido los trabajos el 11 de Enero del 2009.

El Ing. Milton Alfonso Cordero Gárate, mediante oficio No. 61-ACG-2008 de 26 de Diciembre del 2008, dirigido al Arq. Edison Alvarado, Director de la Unidad de Gestión de Obras Especiales, solicita una ampliación de plazo de 45 días, explicando los motivos de su petición.

El Arq. Edison Alvarado, Director de la UTGOE, mediante oficio de 30 de Diciembre del 2008, dispone al Fiscalizador, respecto a la solicitud del contratista emita el informe correspondiente; quién en respuesta, mediante oficio No. 11 de la misma fecha, señala que se le conceda una ampliación de plazo de 45 días contados a partir de la terminación del plazo contractual.

En consecuencia, con esta primera ampliación de plazo la obra debía concluir el 25 de Febrero del 2009.

Mediante oficio No. 69-ACG-2008 de 6 de Febrero del 2009, dirigido al Arq. Edyson Alvarado, Director de la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales, el Ing. Milton Alfonso Cordero Gárate, solicita una ampliación de plazo de 45 días, justificando los motivos de su petición.

Para lo cual el Director de la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales, mediante oficio S/N con la misma fecha, respecto a la solicitud del contratista dispone al Fiscalizador emita el informe correspondiente.

El Fiscalizador mediante oficio S/N de fecha 7 de Febrero del 2009, luego de la debida motivación, justifica que procede la ampliación de



plazo de 30 días contados a partir de la terminación de la primera ampliación de plazo.

Por lo tanto, con esta segunda ampliación de plazo la obra debía concluir el 27 de marzo del 2009.

Mediante los oficios No. 075-ACG-2009 y 071-ACG-2009 de 16 y 26 de Febrero del 2009, respectivamente, el actor solicitó tanto al Fiscalizador como al Director de la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales, se dé solución a los problemas que causan el retraso en la terminación del contrato, los mismos que jamás tuvieron respuesta, peor aún se solucionaron los problemas técnicos que obstaculizaban la conclusión de las obras.

En fecha 11 de Marzo del 2009, el Ing. Milton Alfonso Cordero Gárate, mediante oficio No. 72 ACG-2009, dirigido al Director de la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales, solicita nuevamente una ampliación de plazo de 45 días, explicando todas las razones.

El actor manifiesta que este oficio no recibe respuesta por parte de la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales, pese a tener el sello de recibido, en razón que todo el Personal Directivo y Administrativo respectivamente abandonaron las oficinas, quedando el actor y demás contratistas en incertidumbre y obligados a suspender los trabajos que se venía ejecutando.

El Ing. Milton Alfonso Cordero Gárate y demás contratistas, mediante oficio de fecha 1 de abril del 2009, dirigido al Director de la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales, solicitaron el pago de las planillas e informaron que por esos inconvenientes se vieron obligados a paralizar las obras.



Mediante oficio No. 079 ACG-2009 de 9 de Abril 2009, dirigido al Director de la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales, el Ing. Milton Alfonso Cordero Gárate nuevamente solicita una ampliación de plazo de 30 días. Pero de igual manera ese oficio no recibe respuesta por parte de la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales, pese a tener el sello de recibido y por las mismas razones explicadas anteriormente.

En los Informes Sustitutivos de Fiscalización, el Fiscalizador de la Obra, sustituye cada una de las planillas y globaliza todo el período de trabajo desde el 13 de octubre del 2008 al 15 de julio del 2009 y hace constar las ampliaciones de plazo concedidas legalmente al contratista, lo cual corrobora lo realizado por el actor.

El actor manifiesta que debido a los Problemas Técnicos que no eran solucionados por la entidad contratante, pese a los reiterados pedidos, sumando a la falta de pago de las planillas, mediante oficios de fecha 27 de Abril del 2009, dirigido al Director de la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales y de 2 de Junio de 2009, dirigido a la Ministra del Deporte, el Ing. Milton Alfonso Cordero Gárate solicita la recepción provisional de la obra, pedido que no tuvo respuesta alguna.

El Borrador de Informe presentado por la Contraloría General del Estado Dirección Regional 2, determina las causas por las que ampliaron los plazos y además establece que la Unidad de Gestión de Obras Especiales fue abandonada a partir del 13 de abril del 2009, situación por la cual no pudieron realizarse varias diligencias tales como: trámite de



planillas, establecimiento de soluciones técnicas, ampliaciones de plazo y recepciones de la obra, entre otros.

El actor manifiesta que no se le canceló las planillas numeradas del 1 al 6 (total de planillas); el fiscalizador se pronunció sobre las cinco planillas y no sobre la sexta, estableciendo que el Ministerio del Deporte solicitó la sustitución de todas las planillas por una sola. Así mismo, consta en el informe de fiscalización, el avance financiero por \$216.172,91 Dólares, equivalente al 90.31%, lo cual es superior al 80% del avance de la obra.

La planilla de costo más porcentaje asciende a \$19.106,87.

En el informe de supervisión de la Ing. Diana Cevallos, respecto a la procedencia del pago de planillas, hace constar los montos a cancelar y que por concepto de multas no consta valor alguna a descontar.

Sin hacer caso al informe de supervisión respecto a la forma legal de pago de las planillas y violando groseramente las disposiciones contractuales y legales, el Ministerio del Deporte, procede a cancelar los valores el 6 de Julio de 2009, aproximadamente a los dos años, pero descontando la totalidad del anticipo y que para ellos descuentan de la planilla de costo más porcentaje.

De esta manera y con los antecedentes expuestos, el actor, el Ing. MILTON ALFONSO CORDERO GARATE, presenta la demanda y solicita:

1. La ilegalidad y consecuentemente nulidad de la resolución impugnada, manifestando que la misma transgrede y viola las disposiciones constitucionales, legales, reglamentarias y contractuales.
2. El pago de los daños y perjuicios causados por la resolución adoptada y consecuente inscripción del actor en el Registro de



Contratistas Incumplidos en aquel entonces Instituto Nacional de Contratación Pública (actual SERCOP), dentro del Portal COMPRASPUBLICAS, y los perjuicios que ocasionaron la ejecución de las garantías de Buen Uso de Anticipo y Fiel Cumplimiento de Contrato.

Procuraduría General del Estado:

El Director de la Procuraduría General del Estado contesta la demanda, proponiendo las siguientes excepciones:

1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.
2. Falta de derecho para pretender que se deje sin efecto un acto administrativo válido y legítimo, cuyo contenido es la declaración de la terminación unilateral y anticipada del contrato, por cuanto dice el contratista ha incurrido en incumplimiento contractual y por tanto en las causales de terminación.
3. Improcedencia de la demanda, por cuanto dice los contratos administrativos implican un procedimiento técnico y jurídico reglado y que la administración cuenta con prerrogativas necesarias y especiales para su cumplimiento.
4. Improcedencia de la acción ya que el 4 de agosto de 2008 se publica la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y que el actor reconoce que el 11 de agosto de 2008 habría suscrito el contrato, por lo que no puede aplicarse el anterior cuerpo legal, esto es la Ley de Contratación Pública.
5. Alega la improcedencia de las pretensiones del actor ya que dice al ser una facultad o prerrogativa necesaria y justificada de la



administración la declaratoria de terminación unilateral, no puede existir un supuesto daño.

6. Alega igualmente la legalidad y legitimidad del acto administrativo impugnado.

Ministerio del Deporte:

El Señor Ministro del Deporte, José Francisco Cevallos Villafuerte, contesta la demanda y señala en lo principal:

1. Negativa pura y simple de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, por no ser verdaderos y alejados de la verdad.

2. Señala que la impugnación a la resolución de 14 de marzo de 2011, por el que se declara terminado anticipada y unilateralmente el contrato, no ha considerado el contenido del Art. 190 de la Constitución, relacionado con el arbitraje y mediación y al efecto cita el precepto constitucional, legal Art. 1561 del Código Civil, las cláusulas contractuales y el Art. 105 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y con esta alegación pide la inhibición del Tribunal para conocer de la controversia.

3. Falta de derecho del actor e improcedencia de la demanda. Cuestiona la demanda argumentando que es inadecuada la invocación a la Ley de Contratación Pública; así mismo señala la evolución de la contratación pública, que los contratos son de adhesión y también destaca que la parte demandada no ha incurrido en mora.

Del presente caso práctico tomado para análisis, y considerando la motivación realizada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso



Administrativo No. Tres, de fecha 23 de marzo del 2012, se desprenden los siguientes aspectos trascendentales:

PRIMERO: A pesar de que el contrato No. 003 UTGOE-C, suscrito por el Ing. Milton Alfonso Cordero Gárate y la Unidad Técnica de Gestión de Obras Especiales UTGOE del Ministerio del Deporte, en fecha 11 de agosto del 2008, fue firmado cuando ya se encontraba vigente la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, publicada en el Registro Oficial 395 de 4 de agosto del 2008, que tiene importancia por cuanto su Disposición Transitoria Primera establece que *“Los procedimientos precontractuales iniciados antes de la vigencia de esta Ley, así como la celebración y ejecución de los contratos consiguientes se sujetarán a lo establecido en la Ley de Contratación Pública hasta el plazo máximo de sesenta (60) días”*. Se debe tomar en cuenta que la voluntad de las partes surgió con la regulación de la Ley de Contratación Pública, vigente hasta el 3 de agosto del 2008; esto principalmente por el tema de Seguridad Jurídica, que se encuentra reconocida y garantizada en nuestra Constitución en su Art. 82, el cual establece que *“El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”* Ya que en varios pasajes del contrato se hace relación a la Ley de Contratación Pública, como en la cláusula séptima, en lo relacionado a los tipos de garantía, vigésima primera, relativa a la terminación unilateral del contrato.

Además, se debe tener presente el Art. 7 del Título Preliminar del Código Civil que señala el caso de la Irretroactividad y las Reglas para conflictos de Ley, estableciendo que *“La Ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo; [...]”*. Siendo así, se recalca que el contrato pese a que se celebra al estar vigente la Ley Orgánica del



Sistema Nacional de Contratación Pública, el proceso contractual dio cabida para que el consentimiento y voluntad de la autoridad como del contratista, se diera bajo la perspectiva de la Ley de Contratación Pública, por lo que podemos decir que las partes desde la etapa precontractual, aceptaron someterse a la anterior Ley de Contratación Pública.

SEGUNDO: Con lo analizado en el punto anterior, nos podemos dar cuenta de que la decisión de la autoridad para dar por terminado unilateralmente el contrato, no se sustentó en el ordenamiento jurídico aplicable, sino se trató de aplicar los artículos 94, 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 146 de su Reglamento que no estaban previstos en el contrato, lo cual produce falta de estabilidad en la decisión de la autoridad, pero sobre todo falta de motivación; ya que como lo establece la Constitución en el Art. 76 numeral 7, literal I), *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”*, produciendo la nulidad de la resolución antes mencionada.

En cuanto a la motivación, la Corte Constitucional ha indicado en múltiples fallos lo siguiente: “El control de la motivación es establecido a partir de tres estándares: Falta de motivos, falta de base legal y deturpación de un escrito. La falta de motivos puede ser caracterizada por la ausencia absoluta de motivos, por la contradicción de motivos, por



el motivo hipotético o por la falta de respuesta a la conclusión. La falta de base legal, es la medida a través de un control sustancial, implicando en la insuficiencia de mérito de los motivos fácticos. Y la deturpación de un escrito puede ser definida como un error flagrante de apreciación y no como falta de apreciación. En consecuencia, se ha producido una falsa motivación [...], el cual viola lo dispuesto en el numeral 7, literal I) del artículo 76 de la Carta Suprema del Estado, que hace referencia a la motivación”.⁵²

En definitiva, podemos citar a Roberto Dromi, quien señala: “En principio todo acto debe ser motivado. La falta de motivación implica, no sólo vicio de forma, sino también, y principalmente, vicio de arbitrariedad. De la motivación solo puede prescindirse en los actos tácitos, pues en ellos no hay siquiera manifestación de voluntad. También la motivación debe ser concomitante al acto, pero por excepción pueda admitirse la motivación previa, si ella surge de informes y dictámenes que sean expresamente invocados o comunicados. En ausencia de ambas, el acto estará viciado por falta de motivación, admitiendo inclusive el autor, que este vicio puede excepcionalmente subsanarse por medio de una motivación ulterior, siempre que ella sea suficientemente razonada y desarrollada.”⁵³

Con este análisis, vemos que si la autoridad invoca normas no pertinentes, la resolución no puede tener la debida motivación, que consiste en la aplicación de normas y principios que la fundamentan, explicando la pertinencia de los antecedentes de hecho. De esta manera

⁵² Contestación a la demanda en el juicio 241 – 2012 Calle Álvarez – ADUANAS – SENA E 16 de mayo de 2013.

⁵³ Sentencia Tribunal Contencioso Administrativo No. 3, Juicio N°. 100 – 2011 Cuenca, 22 de marzo del 2012.- Las 14h57.



se da paso a la pretensión de ilegalidad y consecuente nulidad que solicitó el actor.

TERCERO: El Acto de Terminación Unilateral y Anticipada, es un acto administrativo como lo establece el Art. 70 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: *“son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia”*, siendo así este es susceptible de control de legalidad, por lo que no es pertinente someterlo a arbitraje y mediación como lo manifiesta el Ministerio del Deporte en su contestación a la demanda.

Sabemos que el Art. 190 de la Constitución establece que “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.” Pero tenemos que considerar que únicamente se aplicará arbitraje y mediación en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir, como de igual manera lo establece el Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Así, la Resolución de Terminación Unilateral y Anticipada impugnada, no es transigible, en consecuencia no se puede someter el conflicto a arbitraje y mediación, ya que la pretensión procesal del actor tiene por objeto que se haga el control de legalidad y que se determine si es válida o nula. Siendo el Tribunal Contencioso Administrativo el



competente para determinar aquello, ya que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su Art. 10 establece que “Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo: a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad”.

CUARTO: Es derecho de toda persona, en este caso de todo contratista, acceder a la justicia como lo establece el Art. 75 de la Constitución *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”* Pueden impugnar actos administrativos que de una u otra forma vulnere sus derechos y los perjudique, en este caso con la Resolución emitida por la Entidad Contratante, ya que el contratista fue inscrito hasta en el Registro de Contratistas Incumplidos.

El Art. 76 numeral 7, literal m), de la Constitución permite *“Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”*, es decir, como de igual manera lo determina el Art. 173 ibídem, *“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”*

El Art. 31 del Código Orgánico de la Función Judicial establece: *“Las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren,*



establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”.

QUINTO: En definitiva, con lo analizado anteriormente, las consecuencias de tomar decisiones contrarias a derecho, conlleva a la responsabilidad de los funcionarios que actuaron en aquella decisión, esto lo podemos encontrar garantizado en el Art. 11 numeral 9 de la Constitución de la República, al señalar que: *“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.*

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas”.

Con este breve análisis del proceso No. 100 – 2011, resuelto por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. Tres, podemos observar los puntos más relevantes que se tratan sobre la impugnación a la Resolución de Terminación Unilateral y Anticipada impuesta al Contratista, pudiendo observar que no fue una adecuada y justificada terminación del Contrato.

En consecuencia, el Tribunal, resuelve aceptar la demanda y declarar la ilegalidad y nulidad de la resolución impugnada y como



consecuencia dispone el pago de los daños y perjuicios ocasionados, al haberse como consecuencia de lo expuesto, inscrito en el registro de contratistas incumplidos. Dispone que ejecutoriada esta sentencia se cancele la inscripción en el registro de contratistas incumplidos.

2. Consecuencias jurídicas de la terminación unilateral y anticipada del contrato.

El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, llevará un Registro Público Electrónico de los contratos tramitados al amparo de esta Ley con las debidas prevenciones técnicas y legales para su acceso en cualquier momento. Las entidades registrarán la información requerida por el SERCOP dentro del Portal institucional. El Servicio Nacional de Contratación Pública, implementará los mecanismos tecnológicos para asegurar la recuperación íntegra de la información, independientemente de la plataforma o sistema empleado para crearlo, transmitirlo o almacenarlo. (Art. 97 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública)

Una vez que se haya dado la terminación unilateral y anticipada por parte de la entidad contratante, a consecuencia del contratista incumplido, como efecto jurídico o sanción, se le inscribirá en el portal de compras públicas como contratista incumplido, como lo establece el Art. 98 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; el cual determina que “las entidades remitirán obligatoriamente al Instituto Nacional de Contratación Pública (actual SERCOP) la nómina de todos aquellos contratistas o proveedores que hubieren incumplido sus obligaciones contractuales o se hubieren negado a suscribir contratos



adjudicados, acompañando los documentos probatorios correspondientes, a fin de que sean suspendidos en el RUP por cinco (5) y tres (3) años, respectivamente. En consecuencia, la actualización del registro será responsabilidad del Instituto Nacional de Contratación Pública. [...] El Registro de incumplimientos será información pública que constará en el Portal COMPRASPUBLICAS”.

El Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública en su Art. 147 establece que “el contratante ingresará al Portal www.compraspublicas.gov.ec la información relacionada con los contratos suscritos y los efectos derivados de los mismos, como sanciones, terminaciones anticipadas, unilaterales, cobro de garantías, dentro de un término máximo de cinco días luego de producido el hecho”.

Referente a este tema el INCOP expidió una Resolución No. 052-2011, donde en su Capítulo II determina varios artículos sobre la Inclusión en el Registro de Incumplimientos de Contratistas Incumplidos y Adjudicatarios Fallidos.

La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, bajo su responsabilidad, remitirá al Servicio Nacional de Contratación Pública en el término de 10 días contados a partir de la fecha de notificación de la correspondiente resolución, con los requisitos establecidos en la Resolución antes mencionada.

Es de responsabilidad exclusiva de las entidades contratantes declarar a un adjudicatario como fallido o a un contratista como incumplido, dentro de lo que establece la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su reglamento general. Una vez



remitida la información establecida en la presente resolución, el Servicio Nacional de Contratación Pública procederá con la inclusión solicitada por la entidad, sin que para el efecto califique la legalidad o ilegalidad de la resolución tomada por la entidad contratante.

Si la declaratoria de terminación unilateral fuera respecto a una asociación o consorcio, se inhabilitará a todos los socios o partícipes y sus representantes legales. En consecuencia, será obligación de la entidad contratante remitir la solicitud con la información de cada uno de los integrantes de la asociación o consorcio, con sus respectivos documentos de respaldo, para su inclusión en el registro. (Art. 21 Resolución INCOP No. 052-2011)

Como se puede observar el Servicio Nacional de Contratación Pública es únicamente una autoridad de registro, ya que como se mencionó anteriormente, no califica la legalidad o ilegalidad de las resoluciones tomadas por las entidades contratantes, únicamente registra en su portal los incumplimientos e inhabilidades, liberándose de toda responsabilidad que pueda recaer por algún reclamo de los proveedores o contratistas.

El Art. 27 *Ibídem*, establece que de acuerdo a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, serán suspendidos del Registro Único de Proveedores (RUP), entre otros, el proveedor que haya sido declarado contratista incumplido o adjudicatario fallido por una entidad contratante, o aquel respecto del cual se ha declarado un incumplimiento previsto en esta resolución. Y conforme al Art. 107 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública se suspenderá el RUP por un lapso entre 60 y 180 días. En caso de



reincidencia la suspensión será entre 181 y 360 días, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.

Quién sea suspendido en el RUP no tendrá derecho a recibir invitaciones ni a participar en los procedimientos a que se refiere la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (Art. 28 Resolución INCOP No. 052-2011).



CONCLUSIONES

PRIMERA.- Los Contratos Administrativos son de necesaria y vital importancia para la consecución del bienestar social, pues a través de ellos la Administración Pública puede proporcionar de bienes, obras y servicios, necesarios a los ciudadanos. Es una de las formas jurídicas por las que se exterioriza la actividad administrativa, de esta manera se coopera en la ejecución de cometidos públicos, satisfaciendo las necesidades colectivas, mediante la contratación estatal.

SEGUNDA.- Al existir Contratos Administrativos, debemos tomar en cuenta que en estos son necesarios ciertos requisitos o elementos, los cuales concurren para constituirlos, siendo parte integrante y primordial de aquellos, ya que estos requisitos al no concurrir en debida forma causarán invalidez de los contratos. Se deberá realizar la formalización de los mismos, observando el debido proceso y los requisitos constantes en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en su Reglamento. Y de esta manera, dando cumplimiento al principio de legalidad garantizado en nuestra Constitución.

TERCERA.- Como la contratación administrativa ha evolucionado con el paso del tiempo, el Estado posee el Servicio Nacional de Contratación Pública (SERCOP), el cual es un organismo de derecho público, con personalidad jurídica propia y autonomía administrativa, que se encarga de establecer los lineamientos generales para que las entidades del sector público realicen las distintas contrataciones. Además



es el encargado de administrar los procedimientos precontractuales y dictar normas administrativas relacionadas con la Ley.

CUARTA.- En nuestro país, para regular todo lo referente a la celebración de contratos públicos para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, se encuentra en vigencia la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la misma que conjuntamente con su Reglamento, permite a la Administración Pública realizar todos los contratos necesarios para el cumplimiento del bien común. Pero esta ley y reglamento únicamente será aplicable antes de la terminación del contrato, ya que para acciones posteriores a ello, tenemos otros cuerpos legales como el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, entre otros, dependiendo ante quién se presente.

QUINTA.- La institución pública contratante, una vez celebrado el contrato, puede dar por terminado el mismo por varias razones establecidas en la Ley, y entre una de estas de manera unilateral y anticipada, con sustento en la cláusula contractual respectiva, por el incumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por el contratista, desde el momento en que fue adjudicado a él el contrato. Teniendo como consecuencia la inscripción del contratista en el portal de compras públicas como contratista incumplido; se podrá realizar la ejecución de las garantías que hubiere entregado el contratista; y además, la entidad contratante podrá demandar por daños y perjuicios causados al contratista incumplido.



SEXTA.- La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece el trámite y el debido proceso a seguir en caso de terminación unilateral y anticipada imputable al contratista; además determina medios impugnatorios, como el reclamo y el recurso de reposición, este último deberá ser presentado después del reclamo, los cuales son aplicables para controversias hasta antes de la terminación del contrato, una vez concluido se deberá acudir a los demás cuerpos legales aplicables. Además de la vía judicial, tenemos al arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos, para el cual se necesitará como requisito previo el informe del Procurador General del Estado.

SEPTIMA.- Como lo manifestamos, mediante el recurso subjetivo o de plena jurisdicción se puede atacar un acto administrativo que afecta derechos subjetivos particulares; mientras que mediante el recurso objetivo o de nulidad se pretende tutelar el cumplimiento de una norma jurídica objetiva de carácter administrativo, que propone la nulidad de un acto con efectos generales por adolecer de vicios legales en su creación. De esta manera en contratación pública se deberá demandar mediante recurso subjetivo contra reglamentos, actos administrativos y resoluciones de la Administración Pública, cuando se ha vulnerado o afectado un derecho del recurrente.

OCTAVA.- Con el caso práctico analizado, podemos observar que una vez que se da la terminación unilateral y anticipada por parte de la Entidad Contratante por causas imputables al contratista, este puede impugnar dicha resolución, la cual será debidamente analizada y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente, será el que determine si fue legal o no dicha terminación del contrato, su motivación



o causas que se establezcan, llegando a establecer consecuencias jurídicas al contratista o a la entidad contratante.

NOVENA.- En la presente monografía, hemos podido analizar el debido proceso en la terminación del contrato administrativo por las distintas causas que determina la Ley, especialmente en caso de terminación unilateral y anticipada del contrato público por causas imputables al contratista; los medios impugnatorios a las resoluciones en sede administrativa, judicial, y además la posibilidad de que se resuelva por medio del arbitraje como medio alternativo de solución de conflictos. En el caso de que sea declarado como contratista incumplido también se analizó las distintas consecuencias que deberá asumir el contratista.



BIBLIOGRAFÍA

- “*Aproximación al Derecho Administrativo*”. Internet.
www.unterseccionalroca.org.ar. Acceso: 15 abril 2016.
- *Contrato Administrativo*. Internet. www.biblio.juridicas.unam.mx.
S.f. Acceso: 26 Noviembre 2015.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. *Código Civil*. Quito, CEP,
2010.
- Corporación de Estudios y Publicaciones. *Régimen Legal de
Contratación Pública*. Tomo I. CEP. Quito.
- Corporación Editora Nacional. *Celebración de Contratos
Administrativos*. Quito, 2001.
- Dávila C., Pablo Oswaldo. *Teoría General de la Contratación
Pública Ecuatoriana*. Quito. Cevallos editora jurídica. 2015.
- Dromi, Roberto. *Derecho Administrativo*. 9ª Edición. Editorial
Ciencia y Cultura. Buenos Aires. 2001.
- “El Contrato Administrativo”. Internet.
www.biblio.juridicas.unam.mx. Acceso: 17 agosto 2015.
- “El Procedimiento Administrativo”. Internet:
www.definicionlegal.blogspot.com. Acceso: 05 Abril 2016.



- Eguiguren, Genaro. *Celebración de Contratos Administrativos*. Quito. Corporación Editora Nacional. 2001.
- Fiorini, Bartolome A. *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial La Ley. Buenos Aires. 1968.
- García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo 1. 12ª Edición. Editorial Temis. Bogotá. 2008.
- Garófalo, Aurelio. *Manual Teórico Práctico de Contratación Pública*. Tercera Edición. Quito, Editorial Jurídica L y L, 2004.
- INCOP, *Resolución INCOP No. 052-2011*, Quito, 2011.
- Leiza Zunino, Pablo. *Contratos de la Administración Pública*. Internet. www.derechopublicoadministrativo.blogspot.com. Acceso: 26 Noviembre 2015.
- Maúrtua Urquiza, Aníbal P. *Los Contratos Públicos*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 19 Noviembre 2015.
- Mejía Salazar, Álvaro Renato. “*Naturaleza Jurídica de los Recursos Administrativos en Materia Tributaria*”. Internet. www.repositorio.uasb.edu.ec. Acceso: 15 abril 2016.
- Palacios Baus, Wolfram Bolívar. “*Análisis comparativo entre la ley de contratación pública derogada y la ley orgánica del sistema*”



nacional de contratación pública vigente aprobada por la asamblea constituyente". Internet. www.argentinacompra.gov.ar. Acceso: 18 agosto 2015.

- Pérez Antonio José. *Manual de Contratación Pública*. 1ª Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2011.
- Pérez Efraín. *Derecho Administrativo Acorde con la Nueva Constitución Ecuatoriana*. 3ª Edición. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito. 2009.
- "Procedimiento Administrativo" Internet: www.definicion.de. Acceso: 05 Abril 2016.
- Ramírez Carvajal, Diana María., et al. *Derecho Procesal Contemporáneo*. Medellín. Sello Editorial Universidad de Medellín. 2010.
- Registro Oficial 449. *Constitución de la República del Ecuador*.
- Registro Oficial 536 de 18-mar.-2002. *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*. 14-oct-2013.
- Registro Oficial Suplemento 395 de 04-ago.-2008. *Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. 14-oct-2013.
- Registro Oficial Suplemento 588 de 12-may-2009. *Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*. 20-mar-2013.



- Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública.
- Rojas Mosquera, Israel Anderson. *Terminación voluntaria de los contratos*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 15 Diciembre 2015.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. *El carácter conmutativo y por regla general sinalagmático del contrato estatal y sus efectos respecto de la previsibilidad del riesgo y del mantenimiento de su equilibrio económico*. Bogotá. 2008
- Torres Córdova, Héctor Ramón. *Teoría General del Contrato Administrativo*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 18 Noviembre 2015.
- Vaca Núñez, Cristóbal. *Fundamentos de la Contratación Pública*. Quito, LICIENCIA, 2002.
- Vaca Núñez, Cristóbal. *Fundamentos de la Contratación Pública*. Quito. Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP). 2015.
- Wendys23. *“Recursos Administrativos”*. Internet. www.monografias.com. Acceso: 15 abril 2016.
- Younes Moreno, Diego. *Curso de Derecho Administrativo*. Editorial Temis. Bogotá. 2007.



ANEXOS

Anexo 1:

III. FORMULARIO DE OFERTA

NOMBRE **DEL** **OFERENTE:**
.....

1.1 PRESENTACIÓN Y COMPROMISO

El que suscribe, en atención a la convocatoria efectuada por (*nombre de la entidad contratante*) para la ejecución de (*nombre de la obra o proyecto*), luego de examinar el pliego del presente procedimiento de ejecución de obras, al presentar esta oferta por (*sus propios derechos, si es persona natural*) / (*representante legal o apoderado de si es persona jurídica*), (*procurador común de...*, si se trata de asociación o consorcio) declara que:

1. El oferente es proveedor elegible de conformidad con las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, LOSNCP, y su Reglamento.
2. La única persona o personas interesadas en esta oferta está o están nombradas en ella, sin que incurra en actos de ocultamiento o simulación con el fin de que no aparezcan sujetos inhabilitados para contratar con el Estado.
3. La oferta la hace en forma independiente y sin conexión abierta u oculta con otra u otras personas, compañías o grupos participantes en este procedimiento de ejecución de obras y, en todo aspecto, es honrada y de buena fe. Por consiguiente, asegura no haber vulnerado y que no vulnerará ningún principio o norma relacionada con la competencia libre, leal y justa; así como declara que no establecerá, concertará o coordinará –directa o indirectamente, en forma explícita o en forma oculta- posturas, abstenciones o resultados con otro u otros oferentes, se consideren o no partes relacionadas en los términos de la normativa aplicable; asimismo, se obliga a abstenerse de acciones, omisiones, acuerdos o prácticas concertadas o y, en general, de toda conducta cuyo objeto o efecto



sea impedir, restringir, falsear o distorsionar la competencia, ya sea en la presentación de ofertas y posturas o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en este procedimiento de contratación. En tal virtud, declara conocer que se presumirá la existencia de una práctica restrictiva, por disposición del Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, si se evidencia la existencia de actos u omisiones, acuerdos o prácticas concertadas y en general cualquier conducta, independientemente de la forma que adopten, ya sea en la presentación de su ofertas, o buscando asegurar el resultado en beneficio propio o de otro proveedor u oferente, en este proceso de contratación.

4. Al presentar esta oferta, cumple con toda la normativa general, sectorial y especial aplicable a su actividad económica, profesión, ciencia u oficio; y, que los equipos vehículos y materiales que se incorporarán a la obra, así como los que se utilizarán para su ejecución, en caso de adjudicación del contrato, serán de propiedad del oferente o arrendados y contarán con todos los permisos que se requieran para su utilización.

5. Suministrará la mano de obra, equipos y materiales requeridos para la construcción del proyecto, de acuerdo con el pliego, realizará las obras en el plazo y por los precios unitarios indicados en el Formulario de Oferta; que al presentar esta oferta, ha considerado todos los costos obligatorios que debe y deberá asumir en la ejecución contractual, especialmente aquellos relacionados con obligaciones sociales, laborales, de seguridad social, ambientales y tributarias vigentes.

6. Bajo juramento declara expresamente que no ha ofrecido, ofrece u ofrecerá, y no ha efectuado o efectuará ningún pago, préstamo o servicio ilegítimo o prohibido por la ley; entretenimiento, viajes u obsequios, a ningún funcionario o trabajador de la Entidad Contratante que hubiera tenido o tenga que ver con el presente procedimiento de contratación en sus etapas de planificación, programación, selección, contratación o ejecución, incluyéndose preparación del pliego, aprobación de documentos, calificación de ofertas, selección de contratistas, adjudicación o declaratoria de procedimiento desierto, recepción de productos o servicios, administración o supervisión de contratos o cualquier otra intervención o decisión en la fase precontractual o contractual.



7. Acepta que en el caso de que se comprobare una violación a los compromisos establecidos en los numerales 2, 3, 4, 5 y 6 que anteceden, la Entidad Contratante le descalifique como oferente, o dé por terminado en forma inmediata el contrato, observando el debido proceso, para lo cual se allana a responder por los daños y perjuicios que tales violaciones hayan ocasionado.

8. Conoce las condiciones del sitio de la obra, ha estudiado los planos, especificaciones técnicas y demás información del pliego, las aclaraciones y respuestas realizadas en el proceso, y en esa medida renuncia a cualquier reclamo posterior, aduciendo desconocimiento por estas causas.

9. Entiende que las cantidades indicadas en el Formulario de Oferta para este proyecto son solamente aproximadas y, por tanto sujetas a aumento o disminución, por lo que está dispuesto a efectuar los aumentos y/o disminuciones de las cantidades requeridas que fueren necesarios, a los precios unitarios de la oferta, y dentro de los límites indicados en los planos y especificaciones técnicas, y utilizando la modalidad que aplique de acuerdo con la LOSNCP.

10. De resultar adjudicatario, manifiesta que suscribirá el contrato comprometiéndose a ejecutar la obra sobre la base de los estudios con los que cuente la Entidad Contratante, los mismos que declara conocerlos; y en tal virtud, no podrá aducir error, falencia o cualquier inconformidad de dichos estudios, como causal para solicitar ampliación del plazo, contratación de rubros nuevos o contratos complementarios.

11. Conoce y acepta que la Entidad Contratante se reserva el derecho de adjudicar el contrato, cancelar o declarar desierto el procedimiento, si conviniere a los intereses nacionales o institucionales, sin que dicha decisión cause ningún tipo de reparación o indemnización a su favor.

12. Se somete a las disposiciones de la LOSNCP, de su Reglamento General, de las resoluciones del SERCOP y demás normativa que le sea aplicable.

13. Garantiza la veracidad y exactitud de la información y documentación, así como de las declaraciones incluidas en los documentos de la oferta, formularios y otros anexos, así como de toda la información que como proveedor consta en el portal, al



tiempo que autoriza a la Entidad Contratante a efectuar averiguaciones para comprobar u obtener aclaraciones e información adicional sobre las condiciones técnicas, económicas y legales del oferente. Acepta que, en caso de que se comprobare administrativamente por parte de las entidades contratantes que el oferente o contratista hubiere alterado o faltado a la verdad sobre la documentación o información que conforma su oferta, dicha falsedad ideológica será causal para descalificarlo del procedimiento de contratación, declararlo adjudicatario fallido o contratista incumplido, según corresponda, previo el trámite respectivo; y, sin perjuicio de las acciones judiciales a las que hubiera lugar.

14. No contratará a personas menores de edad para realizar actividad alguna durante la ejecución contractual; y que, en caso de que las autoridades del ramo determinaren o descubrieren tal práctica, se someterán y aceptarán las sanciones que de tal práctica puedan derivarse, incluso la terminación unilateral y anticipada del contrato, con las consecuencias legales y reglamentarias pertinentes.

15. En caso de que resuelva subcontratar la ejecución de parte de la obra que se le adjudicare, subcontratará con MYPES y/o con los actores de la Economía Popular y Solidaria, hasta el 30% del valor de la oferta la ejecución de los rubros determinados en ella.

16. Bajo juramento, que no está incurso en las inhabilidades generales y especiales para contratar establecidas en los artículos 62 y 63 de la LOSNCP y de los artículos 110 y 111 de su Reglamento General y demás normativa aplicable.

17. En caso de que sea adjudicatario, conviene en:

a) Firmar el contrato dentro del término de 15 días desde la notificación con la resolución de adjudicación. Como requisito indispensable previo a la suscripción del contrato presentará las garantías correspondientes. *(Para el caso de Consorcio se tendrá un término no mayor de treinta días)*

b) Aceptar que, en caso de negarse a suscribir el respectivo contrato dentro del término señalado, se aplicará la sanción indicada en los artículos 35 y 69 de la LOSNCP.



UNIVERSIDAD DE CUENCA
**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA,
CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES**

c) Garantizar todo el trabajo que efectuará de conformidad con los documentos del contrato, y mantener o reparar la obra hasta su recepción definitiva.

(Si el oferente fuere extranjero, se añadirá un literal que dirá: d) Previamente a la firma del contrato, el oferente se compromete a domiciliarse en el país conforme lo disponen el artículo 6 y la Sección XIII de la Ley de Compañías; y, a obtener el RUP).